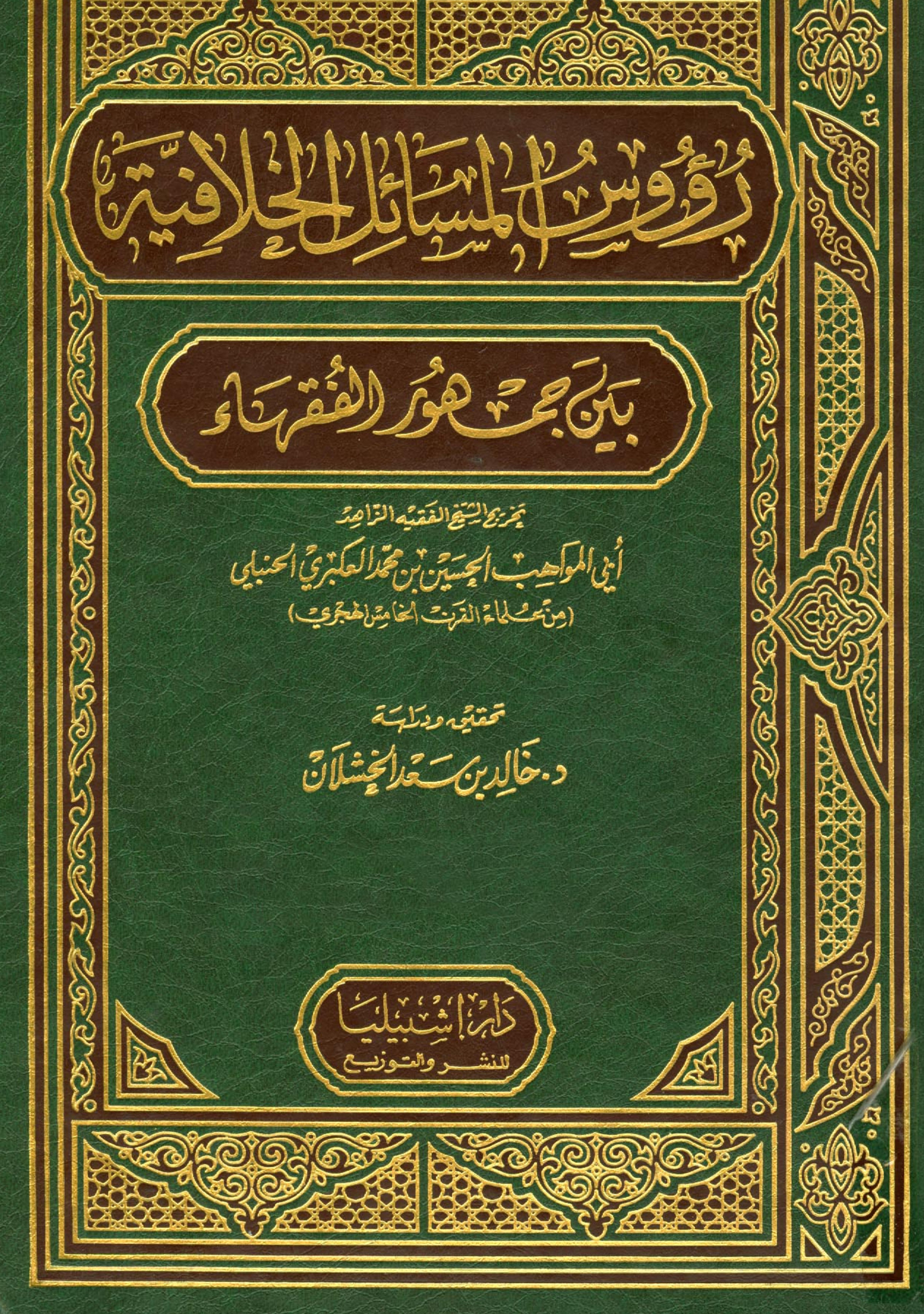


رؤوس المسائل الخلافية
بين جمهور الفقهاء
تخريج الشيخ الفقيه الزاهد
أبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي
(من علماء القرن الخامس الهجري)
تحقيق ودراسة
د. خالد بن سعد الخشلان
دار إشبيليا
للنشر والتوزيع

رؤوس المسائل الخلافية

بين جمهور الفقهاء

تخريج الشيخ الفقيه الزاهد

أبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي

(من علماء القرن الخامس الهجري)

تحقيق ودراسة

د. ناصر بن سعود السلامة

المجلد الرابع

كتاب الفرائض[1]

[١١٦٣/١] **مسألة:** ذوو الأرحام أولى بالميراث من بيت المال، وهم من لا سهم له ولا تعصيب، مثل: أولاد البنات، وبنات الإخوة، وولد الأخوات، وولد الإخوة من الأم، وبنات العم، والعم من الأم، والعمة وأولادها، والخال والخالة وأولادهما، والجد أبي الأم[2].

خلافاً لمالك، والشافعي، وداود في قولهم: بيت المال أولى منهم[3].

لما روى أحمد - بإسناده عن عمر أن النبي - ﷺ - قال: «الله ورسوله ولي من لا ولي له، والخال وارث من لا وارث له»[4].

---

(١) الفرائض في اللغة: جمع فريضة، وهي المقدرة. والفرض التقدير. انظر: أنيس الفقهاء ص٣٠٠، والدر النقي ٢/ ٥٧٤.

وشرعاً: هي العلم بقسمة المواريث. انظر: المبدع شرح المقنع ٦/ ١١٣.

(٢) وبه قال الحنفية، انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٤٢، ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٢، وشرح الزركشي ٤/ ٤٨٧، والحجة لمحمد بن الحسن ٤/ ٢٣١، وملتقى الأبحر ٢/ ٣٥، والإفصاح ٢/ ٩٠.

(٣) انظر: موطأ الإمام مالك ٢/ ٥١٨؛ والتفريع لابن الجلاب المالكي ٢/ ٣٤٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٣٩ وروضة الطالبين ٥/ ٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٦؛ والمحلى لابن حزم ١٠/ ٤١٦.

(٤) رواه الإمام أحمد في مسند عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه (١٨٩) المسند ١/ ٦٩؛ وإسحاق بن راهويه في مسند أبي هريرة ـ رضي الله عنه؛ (٢٨٦) المسند ١/ ٣٠٦؛ والترمذي في الفرائض: باب ما جاء في ميراث الخال؛ (٢١٠٢) ٤/ ٤٢١؛ وقال حديث حسن؛ وابن ماجة في الفرائض: باب ذوي الأرحام؛ (٢٧٣٧) ٢/ ٩١٤؛ والنسائي في الفرائض: باب توريث الخال؛ (٦٣٥١/ ١) السنن الكبرى ٤/ ٧٦؛ وابن حبان في صحيحه. انظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٤/ ٤٠٠؛ حديث رقم (٦٠٣٧). وقد حسن الألباني اسناد هذا الحديث. انظر: ارواء الغليل ٦/ ١٣٧.

ولأ[ن][1] أبا الأم ينتسب إلىٰ الميت بالولادة، فهو كأبي الأب.

ولأن ولد البنت ينتسبون إلىٰ الميت بالولاد، أشبه ولد الإبن.

ولأن ذوي الأرحام لهم نسب، فكانوا أولىٰ من بيت المال، كالعصبات وذوي الفروض.

ولأن ذوي الأرحام معهم نسب وإسلام، وجماعة المسلمين معهم إسلام فقط، ومن يدلي بسببين لا يقدم عليه من يدلي بسبب واحد إلا أن تتضايق الفروض عن السهام، كالأخ للأب والأم، والأخ للأب، ولا يلزم علىٰ هذا بنت المولىٰ لها سببان: إسلام، وانتسابها إلىٰ المولىٰ، وبيت المال مقدم (عليها)[2]، لأن الولاء سبب لا يورث به إلا بالتعصيب، ومن لا تعصيب له لم يوجد له نسب غير الإسلام، وأما النسب فيستحق به الإرث تارة بالتعصيب وتارة بالرحم بغير تعصيب، فلذلك قدم ذوو الأرحام علىٰ بيت المال.

[**١١٦٤/٢**] **مسألة:** يرث ذوو الأرحام بالتنزيل[3] [4].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يرثون الأقرب فالأقرب علىٰ ترتيب

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) في المخطوط (عليه).

(٣) التنزيل: هو أن تجعل كل شخص بمنزلة من أدلىٰ به، فتجعل ولد البنات والأخوات كأمهاتهم، وبنات الأخوة والأعمام وولد الأخوة من الأم كآبائهم، والأخوال والخالات وأباء الأم كالأم، والعمات والعم من الأم كالأب، ثم تجعل كل وارث لمن أدلىٰ به. انظر المقنع لابن قدامة ٢/ ٤٣٤، ٤٣٥.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٢؛ وشرح الزركشي ٤/ ٤٩٢؛ والإنصاف ٧/ ٣٢٣.

العصبات.[١] فإذا خلف بنت بنت / وبنت أخت، فعلى قولنا: لبنت [٢٦] البنت النصف سهم أمها، ولبنت الأخت الباقي سهم أمها، وعلى قولهم: الميراث لبنت البنت، لأنها أقرب.

(لأن)[٢] كل واحد من بنت البنت، وبنت الأخت يدلي بوارث لا يحجب أحدهما الأخر، فيجب أن لا يحجب من يدلي بهما أحدهما الآخر دليله: العمة، والخالة، وبنت الأخ، وبنت الأخت[٣].

ولأن ذوي الفروض آكد سبباً في الإرث من ذوي الأرحام لحصول النص والإجماع على ذلك، ثم ثبت أن ذوي الفروض يرث البعيد مع القريب، والأخت مع البنت، (والجدة)[٤] [مع][٥] الأب، فأولى أن يرث ذوو الأرحام البعيد مع القريب، واعتبارهم بذوي الفروض أولي من اعتبارهم بالعصبات، لأنه لا تعصيب لهم وإنما يرثون بالرحم، فكان إلحاقهم بذوي الفروض أولى.

[**١١٦٥/٣**] **مسألة:** فإن اجتمع بنت عمة وخالة، فالثلث للخالة، والثلثان لبنت العمة، وكذلك إن اجتمع بنت خالة، وبنت عم، فلبنت

---

(١) انظر تبيين الحقائق ٦/ ٢٤٢؛ ٢٤٣؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٥١.

(٢) في المخطوط (ولأن).

(٣) فإن كل واحدة منهن تدلي بوارث، فالعمة تدلي بالأب، والخالة بالأم، وبنت الأخ بالأخ، وبنت الأخت بالأخت.

(٤) في المخطوط (الجد) والذي يظهر لي أن الصواب الجدة؛ لأن الجد لا يرث مع وجود الأب بالإجماع. انظر الإفصاح ١/ ٨٧.

(٥) ساقط من المخطوط.

الخالة الثلث، ولبنت العم الباقي[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله في المسألة الأولى: الميراث للخالة، وفي الثانية لبنت العم[٢].

لأنه إن كان الموجب لإسقاط بنت العمة في المسألة الأولى، وبنت الخالة في الثانية، لأنها تدلي بغير وارث، والخالة وبنت العم تدليان بوارث، فهذا لا يوجب الإسقاط، لأنه لو اجتمع عمة الأم مع خالتها ورثا جميعا، وإن كنا نعلم أن عمة الأم تدلي بأبي الأم وليس بوارث، وخالة الأم تدلي بأم الأم وهي وارثة، وإن كان الموجب للإسقاط أن الخالة أقرب من بنت العمة، وكذلك بنت العم أقرب إلى الميت من بنت الخالة، فذلك لا يوجب الإسقاط، لأنها من جهتين، ومثل هذا جائز في توريث ذوي الفروض، ألا ترى أنه لو اجتمع بنت، وبنت ابن كان للبنت النصف، ولبنت الإبن السدس، وإن علمنا أن البنت أقرب من بنت الإبن.

[١١٦٦/٤] **مسألة:** يسوى بين الذكور والإناث من ذوي الأرحام في الميراث سواء إن اتفقوا في الآباء والأجداد، كالخال والخالة، وابن أخت وبنت أخت: (ــ)[٣]، أو اختلفوا في الآباء، مثل: أن يترك ابن خالة وبنت

---

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٠٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٣٣؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥٠٧؛ والإنصاف ٧/ ٣٢٥.

(٢) انظر: الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني ٤/ ٢٣٠؛ وتبيين الحقائق ٦/ ٢٤٣.

(٣) في المخطوط: (أنهما إذا خده) وقد تكون زائدة لأن المعنى يستقيم بدونها أو أن هناك تحريفاً أو سقطا في الكلام.

خال[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن اتفقوا في الآباء والأجداد كان المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن اختلفوا، فعند أبي يوسف يفضل بينهم أيضاً، وعند محمد المال بينهما نصفان[٢].

لأنهم يرثون بالرحم المحض فاستوىٰ الذكر والأنثىٰ، دليله: الإخوة والأخوات من الأم.

ولأن من فضل بينهم يجعلهم عصبات، لأن التفضيل يحصل بالتعصيب، ولا تعصيب لهم، لأنهم يدلون بغير عصبة.

[١١٦٧/٥] /**مسألة:** يرد ما فضل من فرض ذوي السهام علىٰ قدر سهامهم إلا الزوج والزوجة[٣]. [٢٧]

خلافاً للشافعي في قوله: الفاضل من السهام لبيت المال[٤].

لأن كل من استحق شيئاً من ميراث الميت بالنسب لم يستحق معه بيت المال شيئاً، دليله: الأب والابن، ولا يلزم عليه الزوج والزوجة، لأن الاستحقاق بالزوجية لا بالنسب.

---

(١) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٣ والمغني ٩/ ٩٣؛ والإنصاف ٧/ ٣٢٤.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٢٤٣؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٩.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: الروايتين والوجهين ٢/ ٥٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٤ والمغني ٩/ ٩٠ وشرح الزركشي ٤/ ٤٥٥؛ والإنصاف ٧/ ٣١٧؛ وتبيين الحقائق ٤/ ٢٤٦؛ والإفصاح ٢/ ١٠١.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: الأم للشافعي ٤/ ٨٠؛ وروضة الطالبين ٥/ ٨؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٢.

ولأن الأخت تارة تكون عصبة وهو مع البنت، وتارة تكون ذات سهم، فجاز أن تستحق بقرابتها جميع المال، كالأب.

ولأن ذوي السهام ساووا سائر المسلمين في الإسلام وانفردوا بالرحم دونهم، فوجب أن يكونوا مقدمين عليهم، كالأب، والزوج إذا كان ابن عم.

[١١٦٨/٦] **مسألة:** من مات ولا وارث له وضع ماله في بيت المال لا على طريق الإرث لكن لأنه لا يعرف له مستحق بعينه، فيكون للمصالح، كما قال النبي ﷺ: «لانورث، ما تركنا صدقة»[١]. فنص عليه أحمد[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: يوضع على وجه الإرث[٣].

ويفيد هذا الاختلاف أنا إذا قلنا: «ليس بموروث» جاز أن يوصي بجميعه لمن شاء، وعندهم لا يجوز، وكذلك ذوو الأرحام أحق من بيت المال (بما فضل)[٤] عن الفرض.

لأنه لو كان إرثاً لم يشترك فيه القريب الذي كان موجوداً حين الموت، والبعيد الذي ولد بعد الموت، ولم تصح الوصية بثلث ماله لبعض

(١) رواه البخاري في الفرائض: باب قول النبي ـ ﷺ ـ: «لا نورث ما تركنا صدقة»؛ (٦٧٢٦)؛ (٦٧٢٧)؛ (٦٧٢٨)؛ (٦٧٣٠) ٤/ ٢٣٦؛ ومسلم في الجهاد والسير: باب قول النبي ـ ﷺ ـ: «لانورث ما تركنا فهو صدقة». (١٧٥٨)؛ (٥١) ٣/ ١٣٧٩ ـ.

(٢) وبه قال أبو حنيفة انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٣٩٩؛ والنتف في الفتاوى ١/ ٨٤٣. والإفصاح ٢/ ٩١.

(٣) وبه قال مالك. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٦٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤٦٨.

(٤) في المخطوط (مافضل).

المسلمين، لأنه وارث، والوصية لوارث لا تصح، ولم يستو فيه الذكر والأنثىٰ بكل حال، كميراث العصبات، ولما استوىٰ فيه القريب والبعيد، والذكر والأنثىٰ بكل حال دل علىٰ أنه ليس بإرث.

ولأنه لا يعرف له وارث معين، فلم يوضع ماله في بيت المال إرثاً، كالذمي، والمرتد، ولا شبهة في هذا الأصل، لأن التوارث لا يثبت مع اختلاف الدين.

[١١٦٩/٧] **مسألة:** لا يرث اليهودي النصراني، وكذلك أهل ملتين[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي، والثانية: يتوارثان[٢].

لأن اليهود والنصارىٰ مختلفان في النبي والكتاب، فلم يتوارثا، كالمسلمين مع اليهود.

ولأن المواريث بنيت علىٰ النصرة والموالاة، ولهذا لا يتوارث أهل الحرب وأهل ذمتنا، واليهودي لا ينصر النصراني، فَلِمَ يرِثُهُ؟.

[١١٧٠/٨] **مسألة:** إذا قتل الخاطي[٣] حُرم الإرث، كالعامد[٤][٥].

---

(١) وبه قال المالكية ورجحه ابن قدامة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٥؛ والمغني ٩/ ١٥٧؛ والإنصاف ٧/ ٣٥٠. والمدونة ٣/ ٨٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٣.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤؛ ٤٥٥؛ والفتاوىٰ البزازية بهامش الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٧١ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٥؛ والإنصاف ٧/ ٣٥٠.

(٣) القتل الخطأ: هو أن يفعل ماله فعله فيؤول إلىٰ إتلاف إنسان معصوم، مثال ذلك: أن يرمي صيداً فيصيب إنسانا. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٣٣٧.

(٤) القتل العمد: هو أن يقتله بما يغلب علىٰ الظن موته به عالماً بكونه آدمياً معصوماً. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٣٣٠.

(٥) وبه قال الجمهور، الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٥؛ والمغني ٩/ ١٥٢؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥٢٢؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤؛ والفتاوىٰ البزازية بهامش الفتاوي الهندية ٦/ ٤٧٠؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٢؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥.

خلافاً لمالك في قوله: يرث من المال ولا يرث من الدية[١].

لأنه قتل يسقط الإرث عن الدية، فأسقطه عن جميع المال، كالعامد، وكل سبب أسقط الإرث عن الدية أسقطه عن جميع المال، كالرق، والكفر.

[١١٧١/٩] **مسألة:** إذا قتل الصبي، والمجنون وارثهما حرما الإرث، كالبالغ العاقل[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحرمان الميراث[٣].

لأن كل معنىً أسقط الإرث مع العقل والكبر أسقطه مع الجنون والصغر، كالرق، واختلاف الدين.

/ ولأن حرمان الميراث وإن كان عقوبة فهو متعلق بالمال، فاستوىٰ [٢٨] فيه الصبي، والبالغ، والعاقل، والمجنون، كأروش الجنايات، وقيم المستهلكات، وإنما فرق بين الصبي والبالغ، وبين العاقل والمجنون في العقوبات المتعلقة بالبدن، كالقصاص ونحوه.

[١١٧٢/١٠] **مسألة:** حافر البئر، وواضع الحجر[٤] يُحرم الإرث[٥].

(١) انظر: كتاب التفريع لابن الجلاب المالكي ٢/ ٣٣٩؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٦٠.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٦؛ والمغني ٩/ ١٥٢؛ والإفصاح ٢/ ٩٢؛ والإنصاف ٧/ ٣٦٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٨٦؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥.

(٣) نظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٢٥٤؛ والفتاوىٰ البزازية بهامش الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٦٩-٤٧٠.

(٤) هذا هو القتل بالتسبب.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٦؛ والمغني ٩/ ١٥٢؛ والإنصاف ٧/ ٣٦٨؛ والإفصاح ٢/ ٩٢؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨٦؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٢.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحرم[١].

لأنه قتل يتعلق به ضمان النفس، فوجب أن يتعلق به حرمان الميراث، أصله: المباشرة، ولايلزم عليه، أهل القسامة، والشهود بالقتل إذا رجعوا، والكفيل بالدية لقولنا: «قتل» على أن أهل القسامة والشهود إذا رجعوا يحرمون الإرث لأ[نه][٢] قتل مضمون عليه بالدية، والكفيل (ليس)[٣] بقاتل، وكل ما تعلق بقتل الخطأ جاز أن يتعلق بحفر البئر، ووضع الحجر، أصله: وجوب الدية.

[١١٧٣/١١] **مسألة:** إذا قتل الباغي العادلَ، وقال: كنت على حق في رأيي حين قتلته، وأنا الآن على حق لَمْ يَرِثهُ[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يَرِثُهُ[٥].

لأنه قتل بغير حق، أشبه غير الباغي ولا يلزم [عليه][٦] العادل إذا قتل الباغي، لأنه بحق.

[١١٧٤/١٢] **مسألة:** فإن قتل العادلُ الباغي ورثه، وكذلك كل قتل

(١) انظر: ملتقى الأبحر ٢/ ٢٨٥ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤؛ والفتاوىٰ البزازية بهامش الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٦٩؛ ٤٧٠.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) في المخطوط (فليس).

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٧؛ والمغني ٩/ ١٥٢؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥٢٥؛ والإنصاف ٧/ ٣٦٩؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٣.

(٥) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤؛ الفتاوىٰ البزازية بهامش الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٧٠.

(٦) ساقط من المخطوط.

بحق، كالقتل قصاصاً، أو دفاعاً عن نفسه، أو قتل الإمام مورثه، لأنه أقر عنده بقصاص، أو بزنا وهو محصن، أو قتله في قطع طريق[١].

خلافاً لجماعة من أصحاب الشافعي في قولهم: لا يرث[٢].

لأن أحكام القتل: القصاص، والمأثم، والدية، والكفارة، وهذه الأحكام كلها لا تتعلق بالقتل [بحق][٣]، كذلك حرمان الميراث، لأنه كذلك الميراث من أحكامه.

[**١١٧٥/١٣**] **مسألة:** من عمي[٤] موته بالغرق، والهدم ورث بعضهم من بعض من تلاد[٥] مال كل واحد منهما لا مما ورثه عنه[٦].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي في قولهم: لايرث بعضهم من بعض، ويكون مال كل واحد منهما لورثته[٧].

لأن الظاهر أن أحدهما سبق صاحبه، لأنه لا يتفق موتهما في حالة واحدة، بل لابد أن يتقدم موت أحدهما، فوجب أن يحكم بذلك، ولهذا

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٧٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٧ والمغني ٩/ ١٥٢؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٤٨٦.

(٢) انظر روضة الطالبين ٥/ ٣٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) أي أن المتوارثين إذا ماتا، فجهل أولهما موتاً فهل يرث بعضهم بعضاً أم لا؟.

(٥) التلاد: هو المال القديم. انظر: المبدع ٦/ ٢٢٨.

(٦) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٢/ ٧؛ والمغني ٩/ ١٧٠.

(٧) انظر: ملتقىٰ الأبحر ٢/ ٣٥٢؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٦-٤٥٧؛ وموطأ الإمام مالك ٢/ ٥٢١؛ والمدونة ٣/ ٨٥؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٦.

المعنى قالوا: إذا أسلم الزوجان، ثم اختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معاً في حالة واحدة، فالنكاح بيننا. وقالت المرأة: بل أسلم أحدنا قبل صاحبه، فانفسخ النكاح. فالقول قول المرأة، وينفسخ النكاح، لأن مع المرأة ظاهراً، وهو أنه لا يتفق إسلامهما في حالة واحدة، بل لابد أن يتقدم إسلام أحدهما[١]، كذلك هاهنا.

ولأنه لو كان (الاحتمال)[٢] يعين السابق منهما لوجب أن يكون ذلك مانعاً من رد مال كل واحد منهما إلى ورثته لوجود هذا المعنى، وذلك أنه قد يغرق رجل وابنه في حال واحدة، ويخلف الابن أبناء، ويخلف الأب أخاً، كان يجب أن لا يقضى بميراث الأب لأخيه لجواز أن يكون الأب غرق أولاً فورثه ابنه، ثم غرق الابن فورثه أبوه / فلا يكون للأخ في تركة أخيه [٢٩] حق[٣]، فلما قالوا: يرث في هذه الحال مع الجهل باستحقاقه بعدم العلم دل على أن ذلك غير مانع من الميراث هاهنا، فكان يجب على قولهم أن يوقف الميراث فلا يحكم به لورثة كل واحد منهما لأجل الاحتمال، كما (قالوا)[٤] في المفقود: يوقف ميراثه، وكما قالوا في الخنثى يرث [ ][٥] سهم أنثى ويوقف الباقي.

ولأن الجهل بعين السابق منهما لا يسقط الميراث، دليله: إذا طلق

---

(١) هذا إذا كان قبل الدخول. انظر: المغني ١٠/ ٨٧.

(٢) في المخطوط (الحمل) ويظهر لي صحة ما أثبت.

(٣) هذا الافتراض، لا يصح وذلك لأن الابن إذا خلف ابناء، والأب أخاً كان ميراث الأب لأبناء الابن دون الأخ وهذا بالاتفاق.

(٤) في المخطوط (قال).

(٥) كلمتان لم تتضحا بالمخطوط.

إحدىٰ نسائه لا بعينها.

ولأن الجهل بعين السابق لا يمنع الحكم الثابت، دليله: إذا قال: أول ولد تلدينه فهو حر، أو أول عبد يطلع من عبيدي فهو حر، فولدت ولداً بعد ولد، وطلع عبد بعد عبد، وجهل السابق، فإنه لا يبطل حكم العتق الثابت، ولا يلزمنا أن نستعمل القرعة في السابق منهما، كما فعلنا ذلك في العبيد إذا أشكل المستحق منهما، وفي المطلقة إذا كانت واحدة لا بعينها، لأنا إنما استعملنا القرعة هناك، لأن المطلقة واحدة لا بعينها فاحتجنا أن نميزها بالقرعة، وليس كذلك ها هنا، لأنه لا أحد يقول: المستحق أحدهما دون الآخر، بل منهم من يحرم كل واحد منهم من ميراث صاحبه، ومنهم من ورث كل واحد منهما من صاحبه، فلو قلنا: نستعمل القرعة، فيورَّث أحدهما من صاحبه دون الآخر أفضىٰ إلىٰ إحداث قول ثالث، وهذا لايجوز.

[**١١٧٦/١٤**] **مسألة:** إذا خلفت زوجاً وأبوين، أو امرأة وأبوين كان للزوج النصف، والمرأة الربع، وللأم ثلث الباقي في المسألتين[1] جميعاً [2].

خلافاً لداود في قوله: للأم جميع [الثلث][3].

(١) تسمىٰ هاتان المسألتان بالعمريتين. انظر: المغني ٩/ ٢٣.

(٢)هذا قول جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٨؛ والمغني ٩/ ٢٣؛ وشرح الزركشي ٤/ ٤٤٣ـ٤٤٥؛ والإنصاف ٧/ ٣٠٨؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٤٨؛ ٤٤٩ وبداية المجتهد ٢/ ٣٤٢؛ وروضة الطالبين ٥/ ١١؛ ومغني المحتاج ٣/ ١٥؛ وحلية العلماء ٦/ ٢٨١.

(٣)في المخطوط (الباقي) والصحيح ما أثبت، فمذهب الظاهرية في هذه المسألة أن للأم الثلث من رأس المال كاملاً. انظر: المحلىٰ ٩/ ٢٦٠.

لأنهما أبوان دخل بينهما ذو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقي بعد السهم، دليله: إذا كان مع الأبوين بنت.

[١١٧٧/١٥] **مسألة:** الأخوات[١] مع البنات عصبة[٢][٣].

خلافاً لداود في قوله: لا شيء لهن مع البنات[٤].

لما روي عن النبي - ﷺ - أنه فرض في بنت وبنت ابن وأخت لأب وأم، للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي للأخت للأب والأم[٥].

ولأن ما بقي من فرض البنات كان ولد الأب أحق به من ولد الجد إذا كان ولد الأب من أهل الميراث، دليله: لو مات وخلف بنتاً وأخاً وعماً، فإن ما بقي يكون للأخ دون العم، كذلك لو خلف بنتاً وأختاً وعماً وجب أن يكون الباقي للأخت دون العم، وعندهم[٦] هو للعم.

[١١٧٨/١٦] **مسألة:** إذا ضاقت السهام عن ذوي الفروض فرض

---

(١) المراد بالأخوات هنا: الأخوات من الأبوين، أو من الأب فقط دون الأخوات من الأم، لأن البنات وبنات الابن يحجبنهن حجب حرمان.

(٢) العصبة: هم من يرثون بغير تقدير. انظر: المغني ٩/ ٩.

(٣) هذا قول جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٨؛ والمغني ٩/ ٩؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٤٦ـ٣٤٧؛ وموطأ الإمام مالك ٢/ ٥٠٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ١٠.

(٤) انظر: المحلى ٩/ ٢٥٦.

(٥) رواه البخاري في الفرائض: باب ميراث ابنة ابن مع ابنة؛ (٦٧٣٦)؛ وفي باب ميراث الأخوات مع البنات عصبة؛ (٦٧٤٢) ٤/ ٢٣٨ـ٢٣٩.

(٦) أي عند داود وأصحاب مذهبه.

لكل واحد منهم سهم وأعيلت [١] المسألة، ثم يقسم المال بينهم على المسألة وعولها [٢].

خلافاً لداود في قوله: لا تعال المسائل، ويدخل النقص على البنات، وبنات الابن، والأخوات للأب والأم، والأخوات للأب [٣].

لأن الأخوات أقوى حالاً من الأم، بدلالة: (أنهن يحجبنها ولا تحجبهن) [٤]، والبنات أقوى حالاً من الزوج والزوجة، بدلالة: / (أنهن [٣٠] يحجبنها) [٥]، فلم يجز تقديم الأضعف وإعطاؤه كمال سهمه وتأخر الأقوى ونقصانه عن سهمه.

ولأن المال إذا ضاق عن فرض ذوى السهام قسم بينهم على قدر سهامهم ليتوصل كل واحد منهم إلى حقه، كما قلنا في الرجل إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه، فإن الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث إذا لم يجز الورثة [٦]، فيضرب كل واحد منهما في ثلث ماله بقدر وصيته ويقسم الثلث بينهما على قدر ذلك، كذلك ها هنا.

---

(١) العول لغة: الظلم. واصطلاحاً: زيادة في السهام فيدخل النقص على أهل الفرائض. انظر: الدر النقي ٣/ ٥٨١.

(٢) هذا قول جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٨٩؛ والمغني ٩/ ٣٨؛ وشرح الزركشي ٤/ ٤٤٩؛ والإنصاف ٧/ ٣١٦؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٤٩؛ والفتاوى الهندية ٦/ ٤٦٨؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٤٨ وروضة الطالبين ٥/ ٦١؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٤.

(٣) انظر: المحلى ٩/ ٢٦٢.

(٤) في المخطوط (أنهم يحجبونها ولا تحجبهم).

(٥) في المخطوط (أنهم يحجبونها).

(٦) انظر: المغني ٨/ ٤٠٤.

[١١٧٩/١٧] **مسألة**: يرث من الجدات ثلاث، اثنتان من قبل الأب، وهما: أم أبيه، وأم جده، وواحدة من قبل الأم، وهي: أم الأم[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يرث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة[٢].

ولمالك في قوله: لا يرث أكثر من جدتين[٣].

يتبين الخلاف مع أبي حنيفة والشافعي في أم أبي الجد، ومع مالك في أم الجد.

فالدلالة على مالك ماروى الدارقطني بإسناده عن عبدالرحمن بن يزيد قال: «أعطى رسول الله ـ ﷺ ـ ثلاث جدات السدس بينهن، اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم»[٤]. والمرسل[٥] عندنا حجة[٦].

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٠٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٩؛ والمغني ٩/ ٥٦؛.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٦/ ٤٥٠؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٦/ ٤٥٣؛ ٤٥٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ١١؛ ومغني المحتاج ٣/ ١٦.

(٣) انظر: موطأ الإمام مالك ٢/ ٥١٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٠.

(٤) رواه الدار قطني في الفرائض (٧٠) ٤/ ٩٠ والبيهقي في الفرائض: باب توريث ثلاث جدات متحاذيات أو أكثر السنن الكبرى ٦/ ٢٣٦، والدارمي في الفرائض: باب في الجدات (٢٩٦٣) ٢/ ٤٤٥ . وقد ضعف الألباني هذا الحديث . انظر: إرواء الغليل ٦/ ١٢٧ .

(٥) المرسل: أن يترك الراوي رجلاً في الوسط، مثل أن يروى التابعي عن النبي ﷺ، أو يروى تابعي التابعي عن صحابي عن النبي صلى الله عليه وسلم. انظر: العدة في أصول الفقه ٣/ ٩٠٦ .

(٦) مرسل الصحابي مقبول عند جمهور الأمة، وأما مرسل غير الصحابي فقد اختلف العلماء في قبوله على أقوال: ١) إنه يقبل، وبه قال الحنابلة. ٢) إنه يقبل من أئمة النقل فقط. وهو اختيار ابن الحاجب. ٣) إنه لايقبل مطلقاً. ٤) إنه يقبل مرسل العصور الثلاثة دون غيرهم. وهو رأي عيسى بن أبان. انظر: العدة في أصول الفقه ٣/ ٩٠٦، والبحر المحيط في أصول الفقه ٤/ ٤٠٤، وأصول مذهب الإمام أحمد ص ٣٢٧ .

ولأن الجدة أحد أبوي الأب، فورثت كالجد.

والدلالة على أن أم أبي الجد لا ترث، : أنها لا ترث مع وجود الأب فلا ترث مع عدمه، دليله: أم أبي الأم.

ولا معنىٰ لقولهم: إن أم أبي الأم تدلي بغير وارث وهذه تدلي بوارث، لأن بنت ابن ابن ابن تدلي بوارث ولا ترث بانفرادها[١]، فلا يمنع أن نقول في الجدة كذلك.

ولأنها جدة تدلي بأبي الجد فلا ترث، دليله: إذا كان معها أب، ولا يلزم عليه أم الأب، وأم الجد، لأنها لا تدلي بأبي الجد.

ولأن عمود النسب له طرفان أعلىٰ وأدنىٰ، فالأعلىٰ الأب، والأدنىٰ الولد، ثم ثبت أن ولد الولد يرث من نزل بدرجتين وهي بنت الابن، وبنت ابن ابن ابن، ولا يرث من نزل بدرجة ثالثة إذا انفردت حتىٰ يكون معها من يعصبها[٢]، كذلك الأعلىٰ يرث بأعلىٰ درجتين، وهي أم الأب، وأم الجد، ولايرث ما هو أعلىٰ بدرجة ثالثة. يبين صحة هذا: أن الأجداد لا يرثون برتبة وإن علت، وإن علوا بدرج، ومثله: بني البنين يرثون وإن نزلوا بدرج.

[١١٨٠/١٨] **مسألة:** الجدة أم الأب ترث مع (الأب)[٣][٤].

---

(١) بنت الابن ترث بانفرادها وإن نزل أبوها . انظر : فقه المواريث ١/ ٤٧ .

(٢) بنت الابن ترث بانفرادها وإن نزل أبوها . انظر : فقه المواريث ١/ ٤٧ .

(٣) في المخطوط (الأم) والصواب ما أثبت. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٥، ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٩ .

(٤) هذا هو المذهب عن الحنابلة. انظر: المرجعين السابقين؛ والمغني ٩/ ٦٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٤١٢ .

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، والثانية: لا ترث[(١)].

لما رُوِيَ عن عبدالله رفعه إلىٰ النبي ﷺ «أنه ورث جدة وابنها حي»[(٢)].

ولأن الأب ابنها، فلم يحجبها، كالعم.

ولأنها جدة ترث مع عدم الأب، فورثت مع وجوده كالأم.

ولأنه لو حجب أمه لحجب من يقوم (مقامها)[(٣)] وهي أم الأم، ألا ترىٰ أن الأم لما حجبت أمها حجبت من يقوم مقامها / وهي أم الأب، وليس من [٣١] حيث كانت تدلي بقرابة يحجبها، كالإخوة من الأم.

[**١١٨١/١٩**] **مسألة:** الجدة القربىٰ من جهة الأب لا تحجب البعدىٰ من جهة الأم، مثل: أم الأب، وأم أم [أم][(٤)]، بل يشتركان في السدس[(٥)].

---

(١) انظر الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٣، والفتاوىٰ البزازية بهامش الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤، وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٠-٣٥١ وروضة الطالبين ٥/ ٢٧، ومغني المحتاج ٣/ ١٢، وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٥، ورؤوس المسائل ٣/ ٨٨٩.

(٢) رواه الترمذي في الفرائض: باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها (٢١٠٢) من طريق الحسن بن عرفة، حدثنا يزيد ابن هارون، عن محمد بن سالم، عن الشعبي، عن مسروق، عن عبدالله بن مسعود مرفوعاً. قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه. انظر: سنن الترمذي ٤/ ٤٢١، وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن الترمذي ص٢٣٨.

(٣) في المخطوط (مقامه).

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) وبه قال مالك، وعن الشافعي قولان. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٥، ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٠، وشرح الزركشي ٤/ ٤٦١، والإنصاف ٧/ ٣١٠، والإفصاح ٢/ ١٠٤، وبداية المجتهد ٢/ ٣٤٩، وحلية العلماء ٦/ ٢٨٧-٢٨٨.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: أم الأب أولىٰ[١].

لأن الجدة من الأب تدلي بالأب، (والأب)[٢] لو اجتمع مع الجدات من قبل الأم لم (يحجبهن)[٣]، فبأن (لا يحجبهن)[٤] من يدلي به أولىٰ.

[١١٨١/٢٠] **مسألة:** الجد يقاسم الإخوة والأخوات من الأب والأم، ومن الأب، ولا يسقطهم[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يسقطهم[٦].

لأن الأخ يعصب أخته، فلم يسقطهم الجد، كالابن، عكسه العم[٧].

ولأن الجد والأخ يدليان إلىٰ الميت بشخص واحد وهو الأب، فلم يحجب أحدهما الآخر، كابن الابن والأخوين[٨].

[١١٨٣/٢١] **مسألة:** إذا قُتل المرتد، أو مات علىٰ ردته جعل ماله في بيت مال المسلمين فيئاً، ولا يرثه ورثته سواء في ذلك ما اكتسبه

(١) انظر كتاب الحجة ٤/ ٢١٥-٢١٦، والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٣.

(٢) في المخطوط (الأم) والذي يظهر لي صحة ما أثبت.

(٣) و(٧) في المخطوط (يحجبهم).

(٥) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٠؛ والمغني ٩/ ٦٩؛ وشرح الزركشي ٤/ ٤٦٧؛ والإنصاف ٧/ ٣٠٥؛ وموطأ الإمام مالك ٢/ ٥١١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٤٦؛ وكتاب الأم ٤/ ٨٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٢٤؛ ٢٥.

(٦) انظر: كتاب الحجة ٤/ ٢٠٥؛ وكتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ٨٣.

(٧) أي أن الابن يعصب أخته فلا يسقطها، بعكس العم فإنه لا يعصب أخته العمة، بل يسقطها.

(٨) قياس المؤلف مقاسمة الجد للإخوة وعدم سقوطهم به بابن الابن والإخوة غير صحيح، وذلك لأن ابن الابن يحجب الإخوة بالإجماع.

في حالـــة إباحة دمه، أو في حقن دمه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ما اكتسبه في حال إسلامه يكون لورثته المسلمين، وما اكتسبه في حال ردته يكون فيئاً[٢].

لأن المرتـــد لا يرث بحـال، فـيـجـب أن لا يوُرث، دليله: المكاتـب، وهما سـواء، لأن المكاتب لا شيء له فيورث عنه، والمرتـد عند أبي حنيـفة لا شيء له فيورث عنه، وكل من لم يـرث عنه المسلم ما اكتسبه في حال إباحة دمه لم يرث عنه، كالذمي إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً ومات، وعكسه الزاني المحصـن، والمحارب لما ورث المسلم عنه ما اكتسبه في حال إباحة الدم وهو بعد الزنا والمحاربة ورث عنه ما اكتسبه في حال حقن الدم.

[١١٨٤/٢٢] **مسألة:** المشركة، وهي زوج وأم وإخوة لأم، وأخ لأب وأم، للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، وسقط الأخ من الأب والأم[٣].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: جميع الثلث بين الإخوة

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة؛ والمالكية؛ والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٣١؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩١؛ والمغني ٩/ ١٦٢؛ وشرح الزركشي ٤/ ٤٣٥؛ والإنصاف ٧/ ٣٥٢؛ والمدونة ٣/ ٨٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٣؛ والأم ٤/ ٧٦؛ ٧٩؛ ٨٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣١.

(٢) انظر: ملتقى الأبحر ١/ ٣٧٥؛ والفتاوى الهندية ٦/ ٤٥٥؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٦/ ٤٧٢.

(٣) وبه قال أبو حنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩١؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥٤٥؛ والإنصاف ٧/ ٣١٥؛ والحجة ٤/ ١٩١-١٩٢.

والأخوات بالسوية[١].

لأن الإخوة والأخوات من الأب والأم عصبة وليسوا من أهل القسمة بدلالة أنها لو تركت زوجاً وأخوين لأم وأخوين لأب وأم كان للزوج النصف، وللأخوين من الأم الثلث، وما بقي بين الإخوة من الأب والأم، وإذا ثبت أنهم عصبة لم يجز أن يدخلوا على ذوي السهام في سهامهم، كالإخوة من الأب.

ولا معنى لقولهم: إن الإخوة من الأب ليس لهم إلا تعصيب مجرد، وفي مسألتنا لهم رحم، وهو سبب لأم، لأنه لو كان كذلك لوجب إذا خلفت زوجاً وأختاً لأب وأم، وأخاً وأختا لأب أن ترث الأخت من الأب السدس الذي كانت ترثه لو لم يكن معها إخوة، لأن التعصيب قد سقط، ولما لم يقبل هناك قبل هذا، كذلك ها هنا.

[١١٨٥/٢٣] **مسألة:** ويرث المجوسي بالسببين جميعاً/ نحو أن [٣٢] يتزوج بنته، فتلد له بنتاً، فإذا ماتت بنته ورثتها، بأنها أمها وأختها[٢] من أبيها، أو يتزوج أمه، فيولدها بنتاً، فهي بنتها وبنت لابنها فترث بالقرابتين، أو يتزوج بنته، فتلد ابنا، ثم يموت الابن، فهذه أمه وأخته من أمه[٣].

---

(١) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٣٤٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٤٦؛ وكتاب الأم ٤/ ٩١؛ ٩٢ وروضة الطالبين ٥/ ١٦.

(٢) هذا المثال غير مُستقيم إلا إذا كان الأب مات أولاً؛ وذلك لأن الأخت لا ترث مع وجود الأب بالإجماع.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦٦-٦٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩١؛ والإنصاف ٧/ ٣٥٣؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٥٢. والفتاوى الهندية ٦/ ٤٥٥.

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يرث بأقوى القرابتين[١].

لأنه قد اجتمع فيه معنيان لو تفرقا في (نفسين)[٢] ورث كل واحد منهما مع الآخر، فورث بهما كابن عم هو زوج، وابن عم هو أخ لأم، يبين صحة هذا: أن ابن العم إذا كان زوجاً اجتمع فيه سببان، أحدهما منقطع، والأخت التي هي بنت اجتمع فيها سببان متصلان، فإذا ورث الزوج بالسببين، فالبنت أولى، ولا يلزم على هذا ابن العم إذا كان مولى أنه يرث بأحدهما، وهو كونه ابن عم، لأنه لو تفرق السببان في شخصين ورث أحدهما، وهو ابن العم، فإذا اجتمعا في شخص واحد ورث أحدهما، ولا يلزم عليه (الأخ)[٣] للأب والأم، والأخ للأب أنه لايستحق، لأنه أخ لأمه، ولأنه أخ لأب، لأن هناك معنى واحداً، ألا ترى أن الأخ للأب والأم إذا اجتمع معه الأخ للأب يسقط [ولو][٤] كان معتبراً لانفرد بالسدس وساواه في الباقي، كابن عم أحدهما أخ لأم، وإذا كانت جهة واحدة وقد استحق بها لم يستحق بهما سهماً آخر.

ولأنه لو وصى لإخوته وله إخوة لأم وإخوة لأب وأم، وهناك من يحجبهم، فصحت الوصية أنه لا يجوز أن يقال: إن الإخوة للأم والأخوة للأب يشتركون في سهام الإخوة للأم، ثم يكون الباقي للإخوة للأب

(١) انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ٦/ ٣٨٦؛ والأم ٤/ ٨٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٥.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكل المخطوط وهي ما أثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩١.

(٣) في المخطوط (الأب) وهي ماأثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩١.

(٤) زيادة يقتضيها سياق الكلام.

والأم.

[١١٨٦/٢٤] **مسألة:** ابن الملاعنة عصبته عصبة أمه، فإذا خلف أما وخالاً، فللأم الثلث، والباقي للخال[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تأخذ الأم جميع المال بالفرض والرد لا بالتعصيب[٢].

وخلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: تأخذ الثلث بالفرض والباقي لبيت المال[٣].

لأنهما لا يرثان بالرد.

فالدلالة على أن عصبتها عصبة له ماروى النجاد بإسناده، عن عبدالله بن عبيد، عن رجل من أهل الشام أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «ولد الملاعنة عصبة أمه عصبته»[٤].

ولأن الأم أحد الأبوين فكان عصبتها عصبة الولد كالأب.

ولأنه لما كان مولاها مولاً لأولادها لعدم موالي الأب، كذلك عصبتها

---

(١) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٢؛ والمغني ٩/ ١١٥؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥١٣؛ والإنصاف ٧/ ٣٠٨؛ ٣٠٩.

(٢) انظر كتاب الحجة ٤/ ٢٢٤ـ٢٢٥.

(٣) انظر موطأ الإمام مالك ٢/ ٥٢٢؛ والمدونة ٣/ ٨٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٥ والأم ٤/ ٨٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٤.

(٤) رواه الحاكم في الفرائض (٧٩٨٨/ ٤١) من طريق أبي يحيى؛ ثنا محمد بن نصر، ثنا عبدالأعلى بن حماد، ثنا حماد بن سلمة، عن داود بن أبي هند، عن عبدالله بن عبيد بن عمير، عن رجل من أهل الشام عن النبي ـ ﷺ ـ. المستدرك على الصحيحين ٤/ ٣٧٩. هذا الحديث ضعيف لعلتين الأولى: جهالة الرجل الشامي. الثانية: الإرسال بين هذا الرجل الشامي والنبي ـ ﷺ ـ.

عصبة لولدها لافتقار الولد إلىٰ من يرثه ويعقل عنه.

[**١١٨٧/٢٥**] **مسألة**: إذا أسلم علىٰ يدي رجل ووالاه وعاقده، ثم مات ولا وارث له، فميراثه للمسلمين(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ميراثه له(٢).

لأن كل سبب لم يرث به مع وجود النسب لم يرث به مع فقد النسب / [٣٣] دليله: الرضاع، وإذا أسلم علىٰ يدي رجل، وعكسه الزوجية، والولاء يرث [به](٣) مع وجود النسب، فلهذا ورث، ولا يلزم عليه بيت المال أنه لا يرث مع وجود النسب ويرث مع فقده، لأن ما ينتقل إلىٰ بيت المال ليس بميراث، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم(٤).

[**١١٨٨/٢٦**] **مسألة**: إذا خلف مسلم ورثة مسلمين، وولداً كافراً، فأسلم بعد موته من قبل قسمة التركة ورث(٥).

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، والثانية: لا يرث(٦).

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح ٢٩/ ٣ـ٣٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٢؛ والإنصاف ٧/ ٣٠٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٦٢؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٥٣.

(٢) انظر: كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ٨٨.

(٣) زيادة يقتضيها سياق الكلام.

(٤) في مسألة رقم (٦/ ١١٦٨) من هذا الكتاب.

(٥) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦٤؛ ٦٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٣؛ والمغني ٩/ ١٦٠؛ والإنصاف ٧/ ٣٤٨.

(٦) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٢٤٠؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٤؛ المدونة ٣/ ٨٨؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٦٠؛ ٣٦١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥؛

لأ[ن][(١)] دينهما متفق قبل القسمة، أشبه لو كان دينهما متفقاً حال الموت، يبين صحة هذا: أن المال قبل القسمة لا تتعين حقوق الورثة فيه حتىٰ تستقر وصيته إما بقبول أو ردٍ، وتتعين القسمة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الدين متفق وقت الاستحقاق، وها هنا وجد بعده، لأنه غير ممتنع أن يوجد بعده ويكون في حكمه، كما قلنا فيمن حفر بئراً، ومات، ثم وقع فيها إنسان، فإن الضمان متعلق بذمته، كما لو وجد الوقوع في حال حياته، فالحفر سبب للضمان وجد في حال الحياة، والوقوع شرط في الضمان وجد بعد الموت، والنسب سبب للإرث وجد قبل الموت، والإسلام شرط في استحقاقه وجد بعد الموت، فلا فرق بينهما.

ولأنهم قد قالوا: إنما ينتقل إلىٰ بيت المال، ولا وارث له ينتقل إرثا، فلو أسلم رجل بعد انتقال المال عن ميت استحق جزءاً منه، كما لو كان مسلماً قبل الانتقال.

ولأنَّ لعدم القسمة تأثيراً في الإستحقاق، بدليل: أن الكفار إذا ظهروا علىٰ أموال، ثم ظهر عليها المسلمون قبل القسمة، فإن صاحبه أحق به، وبعد القسمة لاحق له.

[**١١٨٩/٢٧**] **مسألة**: إذا مات رجل وخلف حملاً، فانفصل (ولم)[(٢)] يستهل صارخاً لم يرث ولم يورث، وإن تحرك وتنفس إلا أن يطول

وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦٤؛ ٦٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٣؛ والانصاف ٧/ ٣٤٨؛ والإفصاح ٢/ ٩٤.

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) في المخطوط (ولما).

ويرتضع[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: إذا تحرك، أو تنفس، أو عطس ورث وورث عنه[٢].

لما روىٰ أبو هريرة عن النبي ـ ﷺ أنه قال: «إذا استهل المولود ورث»[٣]. والإرث للاستهلال، والاستهلال رفع الصوت حكاه المازني عن الأصمعي في صفة خلق الإنسان[٤]. قال: إذا (خرج المولود)[٥]، فصاح قيل: استهل، وكل شيء رفع صوته فقد استهل[٦].

وروىٰ جابر والمسور بن مخرمة قالا: قال رسول الله ﷺ: «لا يرث الصبي حتىٰ يستهل صارخاً، واستهلاله أن يبكي، أو يعطس، أو

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٤؛ والمغني ٩/ ١٨٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٤١.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٢٤١؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨.

(٣) رواه أبو داود في الفرائض: باب في المولود ويستهل ثم يموت (٢٩٢٠) ٣/ ١٢٨؛ والنسائي في الفرائض: باب توريث المولود إذا استهل (٦٣٥٨/ ١) من طريق جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم ـ السنن الكبرىٰ ٤/ ٧٧؛ وابن ماجة في الفرائض: باب إذا استهل المولود ورث (٢٧٥٠) من طريق جابر عن النبي ﷺ ـ السنن ٢/ ٩١٩؛ وابن الأعرابي في المعجم (١٥٢) ٣/ ٤٧٥؛ والبيهقي في كتاب الفرائض: باب ميراث الحمل. السنن الكبرىٰ ٦/ ٢٥٧. وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: سلسلة الاحاديث الصحيحة ١/ ٢٣٤.

(٤) نشرة الدكتور/ أوغنست هنفر عام ١٩٠٣م. ضمن كتاب الكنز اللغوي في اللسن العربي. «بعنوان خلق الانسان» تأليف الأصمعي.

(٥) في المخطوط (خروج الولود).

(٦) انظر: خلق الإنسان. المطبوع ضمن الكنز اللغوي ص١٥٩.

يصيح»[١].

ولأن الحركة لا تدل على الحياة، بدليل وجودها في المذبوح عند خروج روحه، وكذلك من قطعت حشوته[٢]، وضرب عنقه، وكذلك الصيد إذا أدركه وفيه حركة المذبوح حل أكله من غير ذبح، فأما الصوت فلا يكون إلا من حي.

ولأنه مولود لم يستهل ولم يطل بقاؤه، فلم يرث، دليله: إذا لم يتحرك.

[١١٩٠/٢٨] **مسألة:** إذا مات، وخلف ابناً وحملاً، أُعْطِيَ الابن الثلث، فإن خلف بنتاً وحملاً، أعطيت البنت خمس المال[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان ابناً أعطى خمس المال، وإن كانت بنتاً أعطيت تسع المال[٤].

/ وخلافاً للشافعي في قوله: يوقف المال كله ولا يعطى الابن [٣٤] شيئاً[٥][٦].

---

(١) رواه ابن ماجة في الفرائض: باب إذا استهل المولود ورث (٢٧٥٠) من طريق المسور بن مخرمة ٢/ ٩١٩. وقد صححه الألباني. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة ١/ ٢٣٣.

(٢) حشوته: بكسر «الحاء» وضمها: أمعاؤه. انظر: الدر النقي شرح ألفاظ الخرقي ليوسف بن حسن بن عبد الهادي ٣/ ٧١٣.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٤؛ والمغني ٩/ ١٧٨؛ والإنصاف ٧/ ٣٢٩.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٢٤١؛ والفتاوى الهندية ٦/ ٤٥٦.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٩؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨.

(٦) ذهب بعض المالكية في هذه المسألة إلا أنه يوقف المال كله، وروي عن أشهب: يتعجل أدنى السهام الذي لايشك فيه. وقيل: يوقف ميراث أربع ذكور. انظر: الذخيرة ١٣/ ٢٦-٢٧.

لأن الميراث يستحق بسهم وتعصيب، ثم لم يمنع الحمل دفع ما يستحقه ذوو السهام بكل حال، كذلك ما تستحق العصبات.

ولأن مازاد على اثنين غير معتاد، وإذا لم يكن معتاداً صار كالمستحيل، فسقط حكمه.

[**١١٩١/٢٩**] **مسألة**: إذا مات وترك ابناً وخنثى مشكل، فسهم الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، فيكون للابن ثلث المال وربعه، وللخنثى ربع المال وسدسه[١].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٢]: يقسم المال للذكر مثل حظ الأنثيين[٣].

وخلافاً للشافعي [في قوله][٤]: يعطى الابن نصف المال، والخنثى ثلثه، ويوقف السدس حتى يتبين أمره أو يصطلح الورثة[٥].

لما روى أبوبكر (غلام الخلال)[٦] في كتابه قال: خبرت عن عمر بن حفص بن عمر السدوسي قال: نا سالم بن المغيرة أبوحنيفة الأزدي قال: نا يوسف، عن الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس أن مولوداً ولد في عهد رسول الله ﷺ له ما للنساء، وله ما للرجال. فقال النبي -ﷺ-:

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٥؛ والمغني ٩/ ١١٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٨٩؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨٩؛ ٤٩٠.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٦٢٢؛ والفتاوى الهندية ٦/ ٤٥٧.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٤١؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٩.

(٦) في المخطوط (مكرم) ولعل صحتها ما أثبت.

«يورث حصة النساء وحصة الرجال»[١]. وهذا نص.

ولأن الخنثى قد أخذ شبهاً من الذكور، وشبهاً من الإناث، وهو الفرج والذكر، فأعطي بهما، كما قلنا في نذر اللجاج، والغضب[٢] لما أخذ شبهاً من اليمين، وشبهاً من النذر ألحقناه بهما، فقلنا هو مخير بين الوفاء والكفارة، وكذلك قالوا فيمن خلق له كفان على ذراع واحد، فقطع أحدهما إصبعاً، قالوا: يضمن بأكثر من نصف دية الأصبع، ولم يضمن بدية إصبع كاملة، لجواز أن تكون خِلْقَتُها زائدة، فيكون فيها حكومة، ويجوز أن تكون أصلية، فيكون فيها دية كاملة، فضمنت بنصف دية وزيادة عليها، لأجل الحكومة، وكما قلنا في قتل عمد الخطأ أعطي شبهاً من العمد بأن ديته مغلظة، وشبهاً من الخطأ فلاقود.

ولأن الخنثى يسلم للابن النصف، لأنه لو كان ذكراً لم ينقصه عن ذلك، والذكر يسلم للخنثى الثلث لأنه (يمكن)[٣] ويجوز له أن يكون أنثى، فيكون لها الثلث، ويبقى النزاع بينهما في السدس وأيديهما عليه من طريق الحكم، فيجب أن يقسم بينهما نصفين، كما قلنا في نفسين تداعيا ثوباً، هو في أيديهما، ولا بينة لواحد منهما، فإنه يكون بينهما نصفين، لكون أيديهما عليه، كذلك ها هنا.

---

(١) لم أقف عليه، والحديث سنده ضعيف لأن فيه الكلبي؛ وسالم بن المغيرة؛ وهما ضعيفان. انظر: تاريخ بغداد ٨/ ١٤٦؛ وتقريب التهذيب ٢/ ١٦٣.

(٢) ضابط نذر اللجاج والغضب: أن يخرج النذر مخرج اليمين، بأن يمنع نفسه أو غيره به شيئاً، أو يحث به على شيء. انظر: شرح الزركشي ٦/ ٨٢.

(٣) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبت.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الثوب يجوز أن يكون لكل واحد منهما نصفه، فجاز أن يقسم بينهما، ولا يجوز أن يكون له نصف ميراث ذكر، لأنه لا يتبعض، لأن التركة تتبعض وإن كان سببها لا يتبعض الذي هو البنوة، فيجب تبعيض التركة، كما قلنا في اللقيط إذا بلغ، فأقر بالرق قُبِلَ إقراره فيما عليه، وهو الرق، ولم يقبل علىٰ غيره[1]، وهو إبطال تصرفاته، وإن كان الرق لا يتبعض.

[١١٩٣/٣١] **مسألة:** إذا بال منهما اعتبر أكثرهما بولاً[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يعتبر بكثرة البول وهو مشكل[3].

لأن كثرة البول تدل علىٰ أنه هو المجرىٰ في الأصل، كما أن السابق منهما يدل علىٰ أنه المجرىٰ في الأصل.

[١١٩٤/٣٢] **مسألة:** المعتق[4] بعضه يرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية[5].

---

(١) انظر: المغني ٨/ ٣٨٤ـ٣٨٥.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٥، والمغني ٩/ ١٠٩، وشرح الزركشي ٤/ ٥١١، والإنصاف ٧/ ٣٤١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٩٥، وحلية العلماء ٦/ ٣٠١.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٦٢٠؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٤٥٧.

(٤) العتق في اللغة يطلق علىٰ معان منهما: الكرم، والجود، والقدم. انظر: القاموس المحيط مادة «عتق» وفي الاصطلاح: إزالة الرق والعبودية عن المملوك وتخليصه من ملك سيده. انظر: الدر النقي شرح ألفاظ الخرقي ٢/ ٦٩٤.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٥؛ والمغني ٩/ ١٢٧؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥١٧.

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: لا يرث[١].

ولا نتصور هذه عند أبي حنيفة، لأنه يقول بالسعاية[٢].

لما روىٰ أبوبكر في كتاب الخلاف بإسناده عن ابن عباس، عن النبي ﷺ قال في المعتق بعضه: «يرث ويورث علىٰ قدر ما عتق منه»[٣]. وهذا نص.

ولأن (فيه)[٤] الحرية، فورث، دليله: من جميعه حر.

ولأن الموروث مما يتبعض، فأثرت الحرية في تبعيضه، دليله: الجلد، فإنه يزداد بقدر الحرية.

ولأن سبب الميراث فيه تبعيض، وهو الحرية، فجاز أن يتبعض الميراث، كالميراث بالولاء، وقد ثبت أن (العتق)[٥] إذا كان من نفسين فأعتق أحدهما وهو معسر ورث المعتق نصف الولاء، وكان الباقي لسيده بحق الملك، ولا يلزم عليه الميراث بالنسب، لأنه لا يتصور التبعيض فيه.

ولأن الإرث أحد جهات الملك، فملك به من بعضه حر، كالبيع، والهبة، والوصية.

[١١٩٥/٣٣] مسألة: الأنبياء لا يورثون، وما خلفوه صدقة يصرف

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣٧٣؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٧٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣١؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٥.

(٢) أي أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ يقول فيمن بعضه حر وبعضه عبد: أنه يحكم بعتق ذلك القدر ويلزم بالسعاية في بقية قيمته لمولاه: انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٣٧.

(٣) رواه النسائي في الفرائض: باب توريث المكاتب بقدر ما أدي منه (٦٣٩٠/ ١) السنن الكبرىٰ ٤/ ٨٤، رواه البيهقي في المكاتب: باب ما جاء في المكاتب يصيب حداً، أو ميراثاً، أو يقتل. السنن الكبرىٰ ١٠/ ٣٢٥. وقد صحح الألباني هذا الحديث انظر: إرواء الغليل ٦/ ١٦١.

(٤) كلمة لم تتضح بالأصل من جراء تآكل المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٥) في المخطوط (القتل) والصحيح ما أثبت.

في المصالح، وهكذا ما خلفه رسول الله ﷺ فما كان (يجيؤه)[١] من الفيء[٢]، والغنيمة[٣]، فهو صدقة[٤].

خلافاً للشيعة[٥] في قولهم: الأنبياء يورثون، والنبي ﷺ ورثته فاطمة. وعندهم أن البنت ترث جميع المال[٦].

لما روىٰ أبوهريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «إنا معاشر الأنبياء لانورث ماتركت بعد مؤونة عاملي ونفقة نسائي صدقة»[٧].

[**١١٩٥/٣٣**] **مسألة:** إذا أعتق عبده سائبة[٨] لم يثبت له عليه

---

(١) في المخطوط (ياجيه).

(٢) الفيء: ما نيل من أهل الشرك بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الإسلام. انظر: أنيس الفقهاء ص١٣.

(٣) الغنيمة: ما نيل من أهل الشرك عنوة أي قهراً أو غلبة والحرب قائمة. انظر: أنيس الفقهاء ص١٣.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٦؛ وفتح الباري ١٢/ ٧؛ وعمدة القاري ١٩/ ٢٠٨.

(٥) الشيعة هم الذين شايعوا علياً ـ رضي الله عنه ـ على الخصوص، وقالوا بإمامته وخلافته نصاً ووصية، إما جلياً، وإما خفياً، واعتقدوا أن الإمامة لا تخرج من أولاده وإن خرجت فبظلم من غيره، أو بتقية من عنده. وقالوا بثبوت عصمة الأئمة وجوباً عن الكبائر والصغائر، وهم خمس فرق: كيسانيه، وزيدية، وغلاة، وإمامية، وإسماعيلية. انظر: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين ١/ ٦٥، والملل والنحل للشهرستاني ١/ ١٤٦ـ١٤٧.

(٦) انظر: فتح الباري ١٢/ ٧.

(٧) رواه البخاري في الفرائض: باب قول النبي ﷺ: «لانورث، ما تركنا صدقة» (٦٧٢٩). ٤/ ٢٣٦، ومسلم في الجهاد والسير: باب قول النبي ﷺ: «لا نورث، ما تركنا فهو صدقة». (١٧٦٠)(٥٥) ٣/ ١٣٨٢.

(٨) قال الإمام أحمد في رواية ابنه عبدالله: الرجل يعتق عبده سائبة، هو الرجل يقول لعبده: قد أعتقتك سائبة، كأنه يجعله لله ولا يرجع في ولائه، ولا يكون ولاؤه لمولاه. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٩٨.

الولاء[١]. [٢]

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي[٣].

لأن حرية الرقاب جهة يصح صرف الوصية إليها، فصح صرف الولاء إليها، دليله: الجماعة المعينون إذا أعتق عنهم، فإن الولاء ينصرف إليهم، كذلك جهة الرقاب يجب أن ينصرف الولاء إليهم [ ][٤] به رقابها تعتق، وقد ثبت أنه لو وصىٰ بثلثه في الرقاب صح، وصرف ثلثه في حريتهم، كما ينصرف الثلث لأقوام معينين.

ولأنه لو أعتق عبده سائبة فلم يرثه بالولاء، دليله: إذا اختلف الدينان.

[١١٩٦/٣٤] مسألة: فإن أعتق عبده عن غيره بغير إذنه فالولاء للمعتق[٥].

خلافاً لمالك في قوله: الولاء للمعتق عنه[٦].

---

(١) الولاء في اللغة يطلق علىٰ معان منها: السلطة، والنصرة، والقرابة، والملك وولاء العتاقة. انظر: القاموس المحيط مادة «ولي».

وفي الاصطلاح: عصوبة سببها نعمة المعتق علىٰ عتيقه بالعتق. انظر: فقه المواريث ١/ ١٢٠.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٩٨، ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٦، والمغني ٩/ ٢٢١، وشرح الزركشي ٤/ ٥٤٥، وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٤١٧، وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤١٧.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٣٠٣؛ وتبيين الحقائق ٥/ ١٧٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٣٢؛ والمجموع ١٥/ ٢٠٠.

(٤) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكل المخطوط.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٧؛ والمغني ٩/ ٢٢٧؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥٥٢؛ وتبيين الحقائق ٣/ ١٨٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٣٢.

(٦) انظر: حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٤١٥؛ ٤١٦؛ وتقريرات الشيخ محمد

لأن شروعه في العتق عن المعين تمليك منه لمعين لا يدخله التأقيت، وإذا لم يوجد منه إذن فيه لم يحصل له الملك، كسائر التمليكات من الوصايا، والهبات، والبياعات، وإذا لم يحصل الملك وقع العتق في ملك المعتق، فكان الولاء له، ولا يلزم عليه الميراث، لأنه تملك[1] وليس بتمليك[2]/ [٣٦] ولا يلزمه عليه المعتق سائبة، لأن التمليك هناك لغير معين، ولا يلزم عليه الوقف، لأنه يدخله التأقيت، وهو أن يوقفه عليه سنة، ومن بعدها على غيره.

[١١٩٧/٣٥] **مسألة:** إذا أعتق عبداً عن كفارته لم يرثه بالولاء، وكذلك إذا أعتق من زكاته[3].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي، والثانية: يكون الولاء للمعتق[4].

لأن عتقه مستحق، فلم يرثه، دليله: إذا كان دينهما مختلفاً.

ولأن الميراث بالولاء من جهة الإنعام عليه بالعتق، ولهذا قال الله

عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٤١٦ .

(١) التَّمَلُّكُ: مصدر تَمَلَّك. وهو حصول الملك من غير اعتبار لفظ يدل عليه. انظر: القاموس الفقهي ص ٣٣٩ .

(٢) التَّمْلِيكُ: مصدر ملَكَ. وهو ما يحصل به النقل من جانب البائع. انظر: القاموس الفقهي ص ٣٣٩.

(٣) وبه قال مالك انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٥٩، ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٧؛ والمغني ٩/ ٢٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٩.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٣٠٣؛ وتبيين الحقائق ٦/ ١٧٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٩؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٤٦٧.

تعالىٰ: ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴾[١]. يعني: أنعمت عليه بالعتق، فإذا كان العتق واجباً فلم ينعم عليه؟.

[١١٩٨/٣٦] **مسألة**: إذا أعتق المسلم عبداً نصرانياً ورثه بالولاء[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: إن أسلم (ورثه السيد)[٣]، وإن لم يسلم حتىٰ مات النصراني لم يرثه[٤] [٥].

لأنه قد ثبت له عليه الولاء فيجب أن يرث، دليله: إذا كان الدين متفقاً، ولا يلزم عليه: إذا أعتق عبده سائبة، وإذا أعتق عن كفارته، لأن ذلك لم يثبت عليه الولاء.

ولأن الميراث بالولاء من حقوق الملك، فلم يمنع منه اختلاف الدين، دليله: ولاية النكاح علىٰ أمته.

[١١٩٩/٣٧] **مسألة**: الجد لا يجر الولاء[٦][٧].

---

(١) الأحزاب (٣٧).

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٨؛ والمغني ٩/ ٢١٧.

(٣) في المخطوط (السيد ورثه) وما ذكرت هو الأولىٰ.

(٤) انظر: المبسوط ٣٠/ ٣٠هـ. الفتاوىٰ الهندية ٥/ ٢٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٣٢؛ والمجموع التكملة الثانية ١٥/ ٢١٣.

(٥) وذهب الإمام مالك إلىٰ أنه لا يرث المسلمُ الكافر بالولاء. انظر: شرح الزرقاني علىٰ موطأ مالك ٣/ ١٢١.

(٦) أي عتق الجد لا يثبت الولاء علىٰ ولد ولده لمواليه.

(٧) هذه أصح الروايتين عند الحنابلة؛ وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٨؛ والمغني ٩/ ٢٣١؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٤٧٣-٤٧٤؛ وشرح الزركشي ٤/ ٥٦٤-٥٦٥؛ والإنصاف ٧/ ٣١٥؛ والنتف في الفتاوىٰ ١/ ٤٣٤-٤٣٥.

خلافاً لجماعة من أصحاب الشافعي، والثانية: يجر الولاء[١].

لأن الجد يدلي إليهم بأبيهم، لأنه يقول: أنا أبو أبيكم، كما يدعى عمهم إليهم بأبيهم، لأنه يقول: أنا أخو أبيهم، ثم اتفقوا على أن عمهم لو أعتق لم يجر ولاؤهم إلى مواليه، كذلك إذا [كان][٢] جدهم، يبين صحة هذا: أنهم لا يصيرون مسلمين بإسلام الجد، كالعم.

[١٢٠٠/٣٨] **مسألة:** فإن ترك أبا مولاه وابن مولاه، فلأبي مولاه السدس والباقي للابن[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي [في قولهم][٤]: يسقط الأب ويرث الابن[٥].

لأنها جهة يرث بها الأب لو انفرد، فإذا اجتمع مع الابن ورث ولم

---

(١) وبه قال مالك. انظر: روضة الطالبين ٨/ ٤٣٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٨٩٨؛ والمغني ٩/ ٢٣١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٨.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٨٩٩؛ والمغني ٩/ ٢٤٦.

(٤) زيادة يقتضيها سياق الكلام.

(٥) انظر: ملتقى الأبحر ٢/ ١٧٦؛ والفتاوى الهندية ٥/ ٢٩؛ والمدونة ٣/ ٨٢؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٣٦.

يسقط، دليله: الميراث بالنسب.

[١٢٠١/٣٩] **مسألة:** بنت المولىٰ ترث من الولاء[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وأبي بكر عبدالعزيز[٢].

لما روىٰ الوكيعي بإسناده عن الشعبي أن مولىً لبنت حمزة مات، وترك بنته، وبنت حمزة، فأعطىٰ رسول الله ﷺ ابنته النصف، وبنت حمزة النصف[٣].

ولا يصح أن يقال: إن المولىٰ كان لبنت حمزة ولم يكن لأبيها، لأنه قد نقل عن علماء السلف ما دل علىٰ أن المولىٰ كان لأبيها دونها، وذلك أن الوكيعي ذكر في كتابه عن يحيىٰ بن آدم: كان إبراهيم - يعني - النخعي يقول في ابنة حمزة: إنما كان مولىٰ لحمزة، فأطعم النبي ﷺ ابنة حمزة

(١) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٨، والمغني ٩/ ٢٣٨، ٢٣٩، وشرح الزركشي ٤/ ٥٥٩.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٧٨، والفتاوىٰ الهندية ٥/ ٢٩، والمدونة للإمام مالك ٣/ ٨٣، وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٤٢٠، وروضة الطالبين ٨/ ٤٣٥، وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٥٨، والمغني ٩/ ٢٣٩.

(٣) رواه الدارقطني في الفرائض (٥١) ٤/ ٨٣، والنسائي في السنن الكبرىٰ في الفرائض: باب توريث الموالي مع ذوي الرحم (٦٣٩٨/ ١) ٤/ ٨٦، وابن ماجة في الفرائض: باب ميراث الولاء (٢٧٣٤) ٢/ ٩١٣، والحاكم في كتاب معرفة الصحابة: ذكر أمامة بنت حمزة بن عبدالمطلب - رضي الله عنه - (٦٩٢٥/ ٢٥٢٣) المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ٧٤ وقد حسنه الألباني. أنظر: صحيح سنن ابن ماجة ٢/ ١١٧.

النصف[1]، وهو نصف العصبة. وإبراهيم كان من علماء التابعين، وعالماً بالنقل.

/ وقال يحيىٰ: ومما يقوي قول إبراهيم أنهم يذكرون أن ابنة حمزة ماتت [٣٧] وهي صغيرة، فكيف تعتق الصبي؟ وهذا أيضاً يدل علىٰ أن الولاء كان لأبيها، لأنها لم تكن ممن يصح منها العتق، فعلم أن العتق كان من أبيها، ويبين صحة هذا ما ذكره إسحاق بن راهويه في جملة مسائل ابن منصور أنه قال: لا شك أن النبي - ﷺ - مات وهي صغيرة، فكيف تعتق؟.

ولأن الولاء سبب يرث به الابن، فورثت به البنت، دليله: النسب.

ولا معنىٰ لقولهم: إن النسب أوسع، لأنه ترث به الأم والأخت، لأنه غير ممتنع أن يكون الميراث بالولاء أخص من النسب، ويكون للبنت مدخل فيه، كما كان للابن مدخل فيه وإن كان النسب أوسع، والولاء أضيق من الوجه الذي ذكروه (فهما)[2] سواء، لأن البنت لا تحجب بحال لا عن جميع المال ولا عن بعضه، كالابن سواء، وكل من لا يحجب عن جميع سهمه، ولا عن بعضه ورث من الولاء، كالابن، ولايلزم عليه بقية ذوي الفروض

(١) رواه الدارمي في باب الولاء (٣٠١٣). سنن الدارمي ٢/ ٤٦٨، وابن ماجه في الفرائض: باب ميراث الولاء (٢٧٣٤)، سنن ابن ماجة ٢/ ٩١٣، والدارقطني في الفرائض (٥١). سنن الدارقطني ٤/ ٨٣-٨٤. وقد حسن الألباني هذا الحديث. انظر: ارواء الغليل ٦/ ١٣٤-١٣٥.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

من الأم، والجدة، والأخت، والزوجة، لأن بعضهم يحجب عن جميع سهمه، كالأخت، والجدة، وبعضهم يحجب عن بعضه، كالأم، والزوجة.

كتاب النكاح(١)

[١٢٠٢/١] **مسألة:** النكاح مستحب وليس بواجب(٢).

خلافاً لداود في قوله: يجب(٣).

لقوله تعالىٰ: ﴿فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(٤). والتخيير إنما يكون بين شيئين متساويين، إما واجبين أو غير واجبين، فلما كان ملك اليمين غير واجب كذلك عقد النكاح.

وقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾(٥). فأمر بنكاح الأمة عند عدم طول الحرة، ثم أخبر أن الصبر عنه خير، وعلىٰ قول داود نكاح الأمة واجب، وفي هذه الحالة فلا يكون الصبر عنه خيراً.

---

(١) النكاح لغة: الجمع والضم، والعرب تستعمله بمعنىٰ الوطء والعقد جميعاً ويفرقون بينهما بقولهم: «نكح فلان فلانة أو بنت فلان»، يريدون تزوجها أو عقد عليها. وإذا قالوا: نكح زوجته أو امرأته، لم يريدوا به إلا المجامعة. انظر: لسان العرب، ومعجم مقاييس اللغة مادة: (نكح)، والدر النقي ٢/ ٦١٤ـ٦١٥.

وشرعاً: عرفه الحنابلة بأنه «عقد التزويج». انظر: المغني ٩/ ٣٣٩، والمبدع ٧/ ٣.

(٢) قال به الجمهور: الحنابلة؛ والحنفية؛ والمالكية؛ والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٦؛ والإنصاف ٨/ ٦؛ وبدائع الصنائع ٢/ ٢٢٨؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٦٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٤٧.

(٣) انظر: المحلىٰ ٩/ ٤٤٠.

(٤) النساء (٣).

(٥) النساء (٢٥).

[١٢٠٣/٢] **مسألة:** إذا أراد أن يتزوج بامرأة جاز له أن ينظر منها ماليس بعورة، وهو الوجه[١].

خلافا لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما][٢]: ينظر إلىٰ ما ليس بعورة[٣].

لكن حد العورة عند أبي حنيفة: ما عدا الوجه واليدين والقدمين[٤]، وعند الشافعي: ما عدا الوجه والكفين[٥].

وهذه المسألة مبنية علىٰ هذا الأصل، وأن ماعدا الوجه عورة.

لأن اليدين والقدمين / لا يلزمها كشفهما في الاحرام، فلم يجز أن ينظر إليها [٣٨] الرجل لأجل التزويج، دليله: ما عدا اليدين والقدمين.

وحكىٰ داود: أنه يجوز له أن ينظر منها إلىٰ ما هو عورة[٦].

لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[٧]. وهذا عام.

---

(١) وبه قال مالك، والمذهب عند الحنابلة، وفي رواية عن الإمام أحمد: أن له أن ينظر إلىٰ مايظهر غالباً. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٧٨-٨٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٠٠؛ والإنصاف ٨/ ١٦-١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٣٣-٣٣٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٦٦؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٣٣.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٣٣-٣٣٤.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٦٦.

(٦) نظر: المحلىٰ ١٠/ ٣٠-٣١.

(٧) النور (٣١).

ولأن العورة لا يجوز النظر إليها لأجل التزويج، دليله: الفرج.

[١٢٠٤/٣] **مسألة:** العبد ليس محرماً لسيدته، فلا يجوز له أن يخلو بها وينظر إلىٰ شعرها ويسافر بها[١].

خلافاً للشافعي في قوله: هو محرم لها[٢].

لما روىٰ ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «سفر المرأة مع عبدها ضيعة»[٣].

ولأن حدوث الملك سبب يقتضي تحريمها، فإذا لم يثبت به حرمة مؤبدة لم يتضمن حرمة مؤقتة، كالطلاق، والردة لما اقتضىٰ تحريم الزوجية ولم يقتض حرمة مؤبدة لم يقتض حرمة مؤقتة، وعكسه النسب والرضاع لما اقتضىٰ حرمة اقتضىٰ حرمة مؤبدة، ولا يلزم عليه الزوجية، لأنه لا يتضمن حرمة مؤبدة ويتضمن حرمة مؤقتة، وهو إلىٰ انفصال الزوجية وانقضائها، لأنا قلنا: سبب يقتضي تحريماً. والزوجية لا تقتضي تحريماً، وإنما تقتضي إباحةً.

[١٢٠٥/٤] **مسألة:** يحرم عليه أن ينظر من ذوات المحارم إلىٰ الصدر

(١) وبه قال الحنفية، ومالك. انظر: المغني ٩/ ٤٩٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٣٨، والمدونة ٢/ ١٦٣.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٦٩؛ وحلية العلماء ٦/ ٣١٩.

(٣) ذكر صاحب المغني ٩/ ٢٤٥ أن سعيد بن منصور رواه، ورواه ابن الأعرابي في معجمه (١٥٧) ١/ ٢٣٦ من طريق بزيع بن عبدالرحمن، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعا. وأورده الهيثمي في: باب سفر النساء، من كتاب الحج مجمع الزوائد ٣/ ٢١٤، وقال: «رواه البزار، والطبراني في الأوسط، وفيه بزيع بن عبدالرحمن ضعفه أبوحاتم، وبقية رجاله ثقات» وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف الجامع الصغير ٣/ ٢١٩.

والظهر[١].

خلافاً للشافعي في قوله: يجوز النظر إلىٰ الصدر[٢].

لأن النظر إلىٰ ذلك يدعو إلىٰ الشهوة، ، ويفارق هذا ما يظهر [غالباً][٣]، لأنه لايدعو إلىٰ الشهوة.

[١٢٠٦/٥] **مسألة:** لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها، ولا تزوج غيرها بوكالة، ولا تأذن لرجل يزوجها بإذنها[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لها أن تزوج نفسها، وتأذن لغيرها في تزويجها، وتزوج غيرها بوكالة[٥].

وخلافاً لمالك في قوله: إن كانت شريفة لم يجز، وإن كانت دنيئة جاز لها ذلك[٦].

---

(١) وبه قال المالكية انظر: المغني ٩/ ٤٩١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٠٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤١٧.

(٢)وبه قال الحنفية انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٧٠؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٤٧١٤؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٣٦.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤)وبه قال الجمهور: الحنابلة. وبعض المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٠؛٨١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠١؛ والإنصاف ٨/ ٦٦. والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣١؛ والأم ٥/ ٢٠؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٩٧؛ والمجموع التكملة الثانية١٦/ ١٤٦، ١٥٤.

(٥) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٣٦٩؛ والغرة المنيفة ص١٢٩؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٤٣.

(٦)مذهب مالك أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها رواية واحدة، واختلف عنه هل يجوز لها أن تأذن لغير وليها في تزويجها علىٰ روايات: إحداهن المنع، والثانية الجواز، والثالثة إن كانت شريفة لم يجز، وإن كانت مشرفة جاز انظر: بداية المجتهد ٢/ ٩.

وخلافاً لداود في قوله: إن كانت ثيباً لم يفتقر نكاحها إلىٰ إذن الولي، وكان لها أن تزوج نفسها[١].

لما روىٰ أحمد بإسناده عن عائشة قالت: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[٢].

ولأن هذا العقد يتعلق به تصرف في حق الغير، وهو لحوق العار بأوليائها، بأن تضع نفسها عند من لا يكافئها، ولا يؤمن عليها، وذلك لضعف رأيها، وقوة الشهوة، والنفس تائقة لهواها، فانتزع هذا من يدها وجعل إلىٰ الولي لئلا يؤدي إلىٰ ذلك/ فهذان الدليلان (عليهما)[٣] المذاهب كلها. [٣٩]

[١٢٠٧/٦] **مسألة:** وصية الأب بنكاح البكر تصح، ويملك عقد النكاح بغير إذنها صغيرة كانت أم كبيرة، كالأب سواء عين الزوج أو لم يعينه[٤].

---

(١) ذكر صاحب المحلىٰ ابن حزم الظاهري: أنه لا يحل للمرأة نكاح ثيباً كانت أو بكراً إلا بإذن وليها. انظر: المحلىٰ ٩/ ٤٥١.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسند عائشة؛ (٢٤٢٦٠) المسند ٩/ ٣٠١؛ والدار قطني في النكاح (١٠) ٣/ ٢٢١؛ والبيهقي في السنن الكبرىٰ في النكاح: باب لا نكاح إلا بولي ٧/ ١٠٥؛ وأبوداود في النكاح: باب في الولي (٢٠٨٣) ٢/ ٢٣٥ـ٢٣٦؛ وابن الجارود في المنتقىٰ (٧٠٠) ص ١٧٦؛ والحاكم في النكاح (٢٧٠٦/ ٣٥)، (٢٧٠٧/ ٣٦)، (٢٧٠٨/ ٣٧)، (٢٧٠٩/ ٣٨) المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ١٨٢ـ١٨٣، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٤٣.

(٣) في المخطوط (هما).

(٤) رجحه الخرقي؛ وابن قدامة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٠ـ ٨١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٢؛ والمغني ٩/ ٣٦٥؛ والإنصاف ٨/ ٦٦.

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي، والثانية: لا تصح، ولا يملك عقد النكاح[١].

وخلافاً لمالك في قوله: إن عين الزوج ملك التزويج بغير إذنها صغيرة كانت أو كبيرة، وإن لم يعين الزوج انتظر على الصغيرة حتى تبلغ ويستأذنها، وإن كانت كبيرة استأذنها[٢].

لأنها ولاية ثابتة للأب في حال حياته، فكان له نقلها إلى من يختاره حال وفاته، دليله: ولاية المال.

ولأن الوصية سبب تستفاد به الولاية في المال، فجاز أن تستفاد به الولاية في النكاح، دليله: النسب، والحكم، ولا يلزم عليه عقد الكتابة، لأنه لا تستفاد به الولاية في المال والنكاح، أيضاً على أمته، ولا يلزم عليه المرأة لأنها تستفيد الولاية في المال دون النكاح، لأن السبب الذي تستفاد به الولاية في المال هو البلوغ في الجملة، وذلك مما تستفاد به الولاية في النكاح في الجملة.

[**١٢٠٨/٧**] **مسألة:** يملك الأب إجبار البكر البالغ على النكاح[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٥٢؛ الفتاوى الهندية ١/ ١٨٤؛ والأم ٥/ ٢١. وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٠ـ٨١؛ والإنصاف ٨/ ٦٦.

(٢) انظر: كتاب التفريع لابن الجلاب المالكي ٢/ ٣٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦.

(٣) هذا هو مذهب الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٣؛ والإنصاف ٨/ ٥٥؛ والمدونة ٢/ ١٤٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥؛ والأم ٥/ ٢٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٦٥.

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا يزوجها إلا بإذنها[١].

لأنها بكر فملك إجبارها، دليله: ابنة خمسة عشر سنة، ولا يلزم عليه إذا ذهبت بكارتها ثم عادت أنه لا يملك إجبارها، لأنه يستوي فيه الأصل والفرع، ولا يلزم عليه بقية العصبات، لقولنا: يملك الأب إجبارها. وللأب مزية على بقية العصبات، بدليل: أن ولايته أصلاً لا انتقالاً، ويملك الولاية في الملك، ويزوج بدون الصداق، ويقبض الصداق، وإذا زَوَّجَ لم يثبت الخيار، وهذه المعاني معدومة في غير الأب.

[١٢٠٩/٨] **مسألة:** النكاح الموقوف على الإجازة لا يصح، سواء كان موقوفاً على إجازة الزوج أو الولي، أو المنكوحة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يصح[٣].

لأنه لا يتعقبه استباحة استمتاع في عين من الأعيان بحال، فوجب أن لا ينعقد، كالنكاح بلا شهود، ونكاح المعتدة، والمرتدة، ولا يلزم عليه نكاح

(١) انظر: كتاب الحجة على أهل المدينة ٣/ ١٢٦؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٣؛ والإنصاف ٨/ ٥٥.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٣؛ والمدونة ٢/ ١٤٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٥؛ والمجموع التكملة الثانية ٦/ ١٥٤.

(٣) مذهب الحنفية أن النكاح الموقوف على الإجازة لا يصح؛ انظر: الفتاوى الهندية ١/ ٢٧٣ حيث جاء فيها ما نصه: «وإن قال لا مرأة بحضرة الشاهدين تزوجتك على كذا إن أجاز أبي أو رضي فقالت: قبلت: لا يصح». وانظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٣.

الصغيرة والمصابة[١]، لأنه قد يتعقبه استباحة الاستمتاع في عين أخرىٰ، وهو الكبيرة.

ولا معنىٰ لقولهم: حصل شرطا في استباحة المرأة بعقد النكاح، فإذا تأخر عنه وجب أن يكون باطلاً كالشهادة.

[١٢١٠/٩] **مسألة:** الفاسق لا يجوز أن يكون ولياً / في النكاح[٢]. [٤٠]

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية: يجوز[٣].

لما روىٰ أبو الحسين بإسناده عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وأيّما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل»[٤]. والفاسق مسخوط عليه.

ولأنها أحد الولايتين، فلم تثبت مع الفسق كالولاية [في][٥] المال،

---

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤١٠؛ والمجموع١٦/ ١٥٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٣٧٤؛ والغرة المنيفة ص ١٣٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢١.

(٤) رواه الدارقطني في النكاح (١١) من طريق عيسىٰ بن أبي حرب، نا يحيىٰ بن أبي بكير، نا عدي بن الفضل، عن عبدالله بن عثمان بن خيثم، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس مرفوعاً. قال الدارقطني: رفعه عدي بن الفضل ولم يرفعه غيره ٣/ ٢٢١ـ٢٢٢، وقد صحح الألباني وقف هذا الحديث على ابن عباس. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٣٥.

(٥) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

يبين صحة هذا: أنهما سواء في حق الحاكم، وأنه إذا لم تثبت ولاية في أحدهما لم تثبت في الآخر.

[١٢١١/١٠] **مسألة:** فإن تزوج مسلم كتابية بولاية أبيها الكتابي لم يجز النكاح(١).

خلافاً للشافعي(٢).

لأن كل عقد افتقرت صحته إلى شهادة مسلمين لم يصح بولاية كتابي، كما لو تزوج بمسلمة.

[١٢١٢/١١] **مسألة:** إذا كان السيد مسلماً وله أمة كافرة، فهو وليها في النكاح(٣).

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا ولاية له عليها(٤).

لأنه يملك بيعها، فملك العقد عليها، كالمسلمة.

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٤؛ والمغني ٩/ ٣٧٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٠؛ والمدونة ٢/ ١٥٠.

(٢) وبه قال أبو حنيفة. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٤١٢؛ المجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٠٢؛ والنتف في الفتاوى ١/ ٢٧٤.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، وأصح القولين للشافعي. انظر: المغني ٩/ ٣٧٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٠؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٢٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣١؛ والأم ٥/ ١٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤١٢.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٥٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤١٢.

[١٢١٣/١٢] **مسألة:** لا يجوز تزويج الثيب الصغيرة بغير إذنها(١).

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية: يجوز(٢).

لأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع، فلم تجبر على النكاح، كالثيب الكبيرة.

وفيه احتراز من الأمة، ومن المجنونة الثيب، ومنه إذا ذهبت بكارتها بطفرة(٣).

ولأنها قد خبرت المقصود من النكاح، وهو الوطء، فلم تجبر عليه، كما أن من عرف أمر المال وأخبر المقصود منه لم يجبر عليه، ولا يثبت عليه ولاية فيه.

[١٢١٤/١٣] **مسألة:** الحرة البالغة العاقلة إذا ذهبت بكارتها (بزنا)(٤) افتقر نكاحها إلى نطقها ورضاها(٥).

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما](٦): تزوج كما تزوج البكر(٧).

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٤؛ والمغني ٩/ ٤١١؛ والإنصاف ٨/ ٥٦؛ والأم ٥/ ١٦؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٦٥.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: الغرة المنيفة ص١٣٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٧؛ والمغني ٩/ ٤١١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ١٥.

(٣) الطفرة: الوثبة. انظر: مختار الصحاح؛ مادة «طفر».

(٤) كلمة لم تتضح في المخطوط واستدركت من رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٥.

(٥) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٥؛ والمغني ٩/ ٤١٠؛ والإنصاف ٨/ ٥٧، ٦٥؛ والمجموع ١٦/ ١٧٠.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢١٤؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧٥؛ وفتح القدير ٣/ ٢٧٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٤؛ والمدونة ٢/ ١٤٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦.

لأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع، أشبه إذا وطئت بشبهة.

[١٢١٥/١٤] **مسألة:** لا يجوز لغير الأب تزويج الصغيرة، ولا إجبار البكر الكبيرة على النكاح[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: جميع العصبات كالأب[٢].

وللشافعي في قوله: الجد خاصة كالأب[٣].

لأن الأخ والعم لا يلي في (مالها)[٤] بنفسه حال الصغر، فلا يلي تزويجها بغير إذنها، دليله: الأجنبي، وعكسه الأب.

ولأن الجد يدلي بولاية غيره، فلم يملك الإجبار، كالأخ، والعم، يبين صحة هذا: أن الجد قد خالف، ولأنه لا يحجب الإخوة، وولايته انتقالاً، ويلي بغيره لا بنفسه، ولايحكم بإسلام الطفل بإسلامه، ولا يقبل إقراره بولد ابنه إذا كان للابن وارث معروف، ولا يجر الولاء، والأب بخلافه.

ولأن أبا حنيفة يقول في الأخ والعم: إذا زوجا الصغيرة، ثم بلغت لها الخيار في فسخ النكاح[٥]. وهذا خيار أو بنا شهوة[٦]، فلا يثبت في عقد النكاح، كخيار الثلاث.

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٥؛ والمغني ٩/ ٤٠٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦.

(٢) انظر: كتاب الحجة على أهل المدينة ٣/ ١٤٠-١٤١؛ وفتح القدير ٣/ ٢٧٤؛ والغرة المنيفة ص ١٣٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٤.

(٣) انظر: الأم ٥/ ١٩؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٦٥.

(٤) في المخطوط (ماله).

(٥) انظر: كتاب الحجة على أهل المدينة ٣/ ١٤١-١٤٢؛ وشرح فتح القدير ٣/ ٣٧٨.

(٦) هكذا بالمخطوط.

[١٢١٦/١٥] **مسألة**: إذا كان للجارية تسع سنين فصاعداً صح إذنها في النكاح لمن لا يملك إجبارها، كالجد، والأخ / والعم[١]. [٤١]

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي [في قولهم][٢]: لا يصح إذنها، فإن كان الولي ممن يملك الإجبار زوج بغير إذن، وإن لم يكن ممن يجبر لم يعقد حتى تبلغ، فإن زوج لم يصح النكاح[٣].

لما رُوِيَ عن النبي -ﷺ- أنه قال: «تستأمر اليتيمة، فإن (سكتت)[٤] فهو رضاها، وإن (أبت)[٥] فلا جواز[٦] عليها»[٧]. فأثبت لها إذناً في حال يتمها، وحقيقة اليتم قبل البلوغ، لقول النبي -ﷺ- «لا يتم بعد حلم»[٨].

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٥؛ والمغني ٩/ ٤٠٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٧؛ والإنصاف ٨/ ٥٤.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: النتف في الفتاوى للسغدي الحنفي ١/ ٢٧٥، وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٢٢٤، والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٦٥.

(٤)) في المخطوط (بكت) والصحيح ما أثبت، لأنه اللفظ الذي ذكره رواة الحديث.

(٥) في المخطوط (اذنت) والصحيح ما أثبت، لأنه اللفظ الذي ذكره رواة الحديث. انظر: هامش (١١).

(٦)) أي لا ولاية عليها مع الامتناع. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١/ ٣١٥.

(٧) رواه أبو داود في النكاح: باب في الاستئمار (٢٠٩٣)٢/ ٢٣٨، والترمذي في النكاح: باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج (١١٠٩) ٣/ ٤٠٨؛ وقال: حديث حسن. وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٩/ ٣٩٢، وقد حسن الألباني هذا الحديث. انظر: ارواء الغليل ٦/ ٢٣٣.

(٨) رواه أبوداود في الوصايا: باب ما جاء متى ينقطع اليتم (٢٨٧٣) ٣/ ١١٤؛ والبيهقي في الخلع والطلاق: باب الطلاق قبل النكاح. السنن الكبرى ٧/ ٣٢٠. وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٧٩.

ولما حدثني أخي بإسناده عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتىٰ علىٰ الجارية تسع سنين فهي امرأة»[(١)]. ومعناه هي في حكم المرأة، والإذن من أحكام المرأة فيجب أن يصح.

ولأن الإذن معنىٰ يوثر في جواز العقد حال الكبر، فأثر حال الصغر، كالعتق، والجنون، لما كا[ن][(٢)] تأثيرهما [في][(٣)] جواز العقد حال الكبر أَثَّر حال الصغر، كذلك الإذن لما أَثَّر في جواز العقد حال الكبر جاز أن يُؤَثِّر حال الصغر.

ولأنها بلغت حداً يصح فيه وجود الحيض، فصح فيه اذنها في النكاح، دليله: ابنة خمس عشرة سنة.

[١٢١٧/١٦] **مسألة:** الشهادة شرط في النكاح[(٤)].

خلافاً لمالك، وداود، [و][(٥)] الثانية: الشهادة ليست بشرط[(٦)].

---

(١) رواه البيهقي في الحيض: باب السن التي وجدت المرأة حاضت فيها. السنن الكبرىٰ ١/ ٣٢٠، ولم يذكر البيهقي سنده في هذا الحديث، وقد ضعف الألباني رفع هذا الحديث إلىٰ النبي ﷺ. انظر: إرواء الغليل ١/ ١٩٩.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٣ ـ ٨٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٧ ـ ٢٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٠؛ وفتح القدير ٣/ ١٩٩؛ والأم ٥/ ٢٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٨٥.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: المدونة ٢/ ١٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٤؛ والمحلىٰ ٩/ ٤٦٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٦؛ والإنصاف ٨/ ١٠٢.

لما روىٰ عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[(١)].

وروت عائشة قالت: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لابد في النكاح من (أربعة)[(٢)]: الولي، والزوج، والشاهدان»[(٣)].

ولأنه نكاح بغير شهود، فلم يصح، كما لو تواصوا بكتمانه، فإنه باطل عند مالك.

ولأن النكاح يتعلق به حق من المتعاقدين وهو النسب، فاشترط فيه الشهادة احتياطا له لئلا يجحد الزوجية والنسب فيبطل حق الولد إذا لم يكن هناك بينة بالنكاح.

[١٢١٨/١٧] **مسألة:** التواصي بكتمان النكاح (لا يبطله)[(٤)] إذا حضره شاهدان[(٥)].

---

(١) رواه الدارقطني في النكاح ٣/ ٢٢٧، والبيهقي في النكاح: باب لا نكاح إلا بولي. السنن الكبرىٰ ٧/ ١١١، والطبراني في المعجم الكبير ١٨/ ١٤٢. وفي سنده عبدالله بن محرر وهو متروك. قاله ابن حجر والهيتمي. انظر: التلخيص الحبير ٣/ ١٥٦ ومجمع الزوائد ٤/ ٢٨٧.

(٢) في المخطوط (أربع).

(٣) رواه الدارقطني في النكاح؛ (١٩) ٣/ ٢٢٤-٢٢٥ من طريق أبي الخصيب؛ عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال الدارقطني: «أبو الخصيب مجهول واسمه نافع بن ميسرة» وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٦١.

(٤) في المخطوط (لا يبطل)؛ انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٦.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة؛ والحنفية؛ والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٤-٨٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٦؛ والمغني ٩/ ٤٦٩؛ والإفصاح ٢/ ١١٥؛ وتبيين الحقائق ٢/ ٩٨.

خلافاً لمالك في قوله: التواصي بكتمانه يبطل النكاح(١).

لأنه عقد فلم يكن من شرط صحته ترك التواصي بكتمانه، كالبيع وغيره من العقود.

ولأنا اعتبرنا الشهادة، واعتبروا ترك التواصي بكتمانه، وكان ما اعتبرناه أولى، لأن الشرائط المعتبرة في العقود هي التي تقارنها، فأما ما يتقدم عليها فلا يؤثر، والشهادة تقارن العقد، وترك التواصي يتقدم عليه فلا يؤثر فيه.

[**١٢١٩/١٨**] **مسألة:** لا ينعقد النكاح بشهادة شاهدين فاسقين(٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ينعقد(٣).

لقوله - ﷺ -: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل»(٤).

وكل موضع اعتبر فيه الشهادة اعتبر فيه العدالة، دليله: حالة الأداء، ولا يلزم عليه شهادة أهل الذمة على المسلمين في السفر في الوصية، لأنا نعتبر فيها العدالة في دينه، فإن كان فاسقاً في دينه لم تقبل./ [٤٢]

---

(١) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٣٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٥؛ والاستذكار ١٦/ ٢١٣.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٦؛ والمغني ٩/ ٣٤٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٦٢٥؛ والإنصاف ٨/ ١٠٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٧؛ والأم ٥/ ٢٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٠٠.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧٢؛ والغرة المنيفة ص ١٣٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٣٨؛ وفتح القدير ٣/ ١٩٩.

(٤) سبق تخريجه في مسألة [١٢١٧/١٦].

ولأن المقصود من الشهادة على النكاح الاحتياط حتى إذا جحد الزوج الفراش ثبت بالبينة، والفاسقان لا يثبت بهما النكاح، فلا يوجد المعنى المقصود إلا بالشهادة، فلم ينعقد بهما، ولا يلزم عليه شهادة العدوين، والأنثيين ينعقد بهما على احتمال في المذهب، لأن أولئك يثبت بهما نكاح بوجه هو وغير العدو وغير الأب، فلهذا انعقد بهما النكاح، والفاسقان لا يثبت بهما نكاح بوجه فلا ينعقد بهما النكاح.

[**١٢٢٠/١٩**] **مسألة:** لا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ينعقد[٢][٣].

لأن الفروج لا يجري فيها البدل، والإباحة، فلا يكون للنساء مدخل في استباحتها، كالقصاص، وكل بينة لم تقبل في الشهادة على القتل لم تقبل في النكاح، كالأربع نسوة، وهذه العبارة يلزم عليها شهادة العدو فلا تقبل في القتل وتقبل في النكاح.

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٨٦ـ٨٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٠٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٤؛ والإنصاف ٨/ ١٠٢؛ والأم ٥/ ٢٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٩٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٠٦؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٣٧٢؛ والغرة المنيفة ص١٣٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٣٨.

(٣) مذهب الإمام مالك أن النكاح ينعقد بغير شهود إذا رضي الزوج والمرأة؛ وكانت مالكة أمرها، أو يتيمة مالكة بضعها، وكان ذلك بولي مرشد، ويشهدون فيما يستقبلون. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٤.

[١٢٢١/٢٠] **مسألة:** إذا تزوج كتابية بشهادة كتابيين لم يجز[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز[(٢)].

لأن كل شاهدين لم يثبت بهما نكاح مسلم بوجه لم ينعقد بهما نكاح، كالصبيين.

ولأن الشهود إنما شرطوا في عقد النكاح ليثبتوا الفراش إذ جحده الزوج، وشهادة الكفار في حق المسلمين لا تقبل فلا يوجد المعنىٰ المقصود من الشهادة، فلا ينعقد بهما العقد.

[١٢٢٢/٢١] **مسألة:** ينعقد النكاح بشهادة عبدين[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي[(٤)].

لأن النكاح مما لا يسقط بالشبهة.

ولأنه عقد علىٰ منفعة، أو عقد معاوضة، أشبه البيع والإجارة، وقد ثبت من أصلنا: جواز الشهادة علىٰ ذلك.

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: رؤووس المسائل ٣/ ٩٠٧؛ والمغني ٩/ ٣٤٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٠؛ والإنصاف ٨/ ١٠؛ والأم ٥/ ٨؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٦٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدئ ١/ ٢٠٧؛ وفتح القدير ٣/ ٢٠٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٣٧٣؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٠٠.

(٣) انظر: المغني ٩/ ٣٥١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٥.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٠٦؛ وفتح القدير ٣/ ٢٠٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٣٨؛ والأم ٥/ ٢٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص١٥٩.

ولأنه عدل مكلف، فقبلت شهادته، كالحر.

[١٢٢٣/٢٢] **مسألة:** إذا دعا العبد سيده إلىٰ التزويج فامتنع السيد أجبر[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي: لا يجبر[٢].

لأنه مكلف دعا إلىٰ نكاحه لحاجته إليه، فوجب أن يلزم الولي إجابته، قياساً علىٰ المحجور عليه لسفه إذا طلب أجبر الولي علىٰ أن يزوجه.

ولأنه مما يحتاج العبد إليه غالباً، أشبه النفقة والكسوة.

أو نقول: النكاح قوام العالم، أشبه ما ذكرنا.

[١٢٢٤/٢٣] **مسألة:** يلزم الابن أن يعف أباه إذا كان الأب معسراً[٣].

خلافاً لأبي حنيفة[٤].

لأن النكاح به قوام العالم، والحاجة تدعو إليه، أشبه النفقة. وإن شئت قلت: هذا مما يحتاج الأب إليه، أشبه النفقة.

[١٢٢٥/٢٤] **مسألة:** لا يجوز للأب أن يتزوج بجارية ابنه[٥].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٧؛ والمغني ٩/ ٤٢٤؛ والإنصاف ٩/ ٤٠٩.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٤/ ٢٠؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٢٢١؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠١؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٩٥.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٨؛ والمغني ١١/ ٣٧٩؛ والحاوي الكبير ٩/ ١٨٥؛ وحاشية قيلوبي وعميرة ٣/ ٢٦٩.

(٤) وبه قال الإمام مالك. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٦١٦، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٥.

(٥) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٨؛ والمغني ٩/ ٥٧٧؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٣٨.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز(١).

لأنها جارية له فيها شبهة ملك تسقط الحد، فوجب أن يمنع التزويج بها، أصله: جارية مكاتبه.

ولأنه لو وطئها في هذه الحال فأتت بولد وادعاه ثبت نسبه / منه، وصارت أم ولد، أشبه الأمة المشتركة بينه وبين آخر. [٤٣]

[١٢٢٦/٢٥] **مسألة:** إذا وطء الأب جارية ابنه لم يلزمه الحد(٢).

خلافاً لداود في قوله: إذا كان عالماً بالتحريم حد(٣).

لقول النبي -ﷺ-: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»(٤). وللأب شبهة ملك في مال ابنه، فيجب أن يسقط لأجلها الحد، يبين صحة هذا: إضافة المال إليه بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»(٥).

ولأنه لا يقطع بسرقته.

---

(١) انظر: فتح القدير ٣/ ٤٠٧؛ والغرة المنيفة ص ١٤٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٣.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٨؛ والمغني ٩/ ٥٧٦-٥٧٧؛ وفتح القدير ٣/ ٤٠٧؛ والتفريع ٢/ ٢٢٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٣٨.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ١١/ ٥٨٤.

(٤) قال الألباني: حديث ضعيف؛ أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٣٤٣.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسند عبدالله بن عمر؛ (٦٩١٩). المسند ٢/ ٦٤٩؛ وأبوداود في البيوع: باب في الرجل يأكل من مال ولده (٣٥٣٠) ٣/ ٢٨٧؛ وابن ماجة في التجارات: باب ما للرجل من مال ولده (٢٢٩٢) ٢/ ٧٦٩؛ وابن الجارود في المنتقى في باب ما جاء في البخل والهبات (٩٩٥) ص ٢٤٩؛ والطبراني في المعجم الصغير ١/ ٤٢؛ وأيضاً في المعجم الكبير ١٠/ ٩٩، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٣/ ٣٢٣.

[١٢٢٧/٢٦/] **مسألة:** إذا قال الأب: زوجت ابنتي الصغيرة، أو ابني الصغير أمس صدق[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يصدق الأب خاصة[(٢)].

لأن الأب يملك العقد على الصغيرين في الحال، فإذا قال: زوجتها أمس فقد أقر فيما يملكه فيجب أن يصدق، كالمولى إذا قال (زوجت)[(٣)] أمتي أمس، والوكيل بالبيع إذا قال: بعت العبد أمس.

[١٢٢٨/٢٧] **مسألة:** لا يملك السيد إجبار عبده الكبير على النكاح[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي: يملك[(٥)].

لأن المالك لا يملك المعنى المعقود عليه في العبد، وهو الاستمتاع، فلم يملك إجباره عليه لحق نفسه، كالمكاتب، ولا يلزم عليه العبد الصغير، لأن ذلك ليس بإجبار، لأن الإجبار إنما يكون في حق من له إذن واختيار، ولا يلزم عليه إجبار الأب لابنته البكر البالغ، وإن لم يكن مالكاً للمعقود عليه، (لقولنا)[(٦)]: «لحق

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٩.

(٢) لم أعثر على رأي أبي حنيفة في هذه المسألة.

(٣) في المخطوط (زوجني). انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٩.

(٤) وبه قال الشافعي في الجديد. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩١؛ والمغني ٩/ ٤٢٤؛ والأم ٥/ ٤٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٤٢.

(٥) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٣؛ والمدونة ٢/ ١٤٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٤٢.

(٦) في المخطوط (لقوله).

نفسه». وهناك لحق النسب.

ولأن السيد إنما يملك إجبار عبده على ما يحصل للسيد منفعة به، ولا منفعة له في نكاحه، بل عليه مضرة، لأن المهر والنفقة متعلقان برقبته وذلك حق للسيد، فلم يملك الإجبار على مالا فائدة فيه.

[**١٢٢٩/٢٨**] **مسألة:** للمولى أن يزوج أم ولده بغير إذنها[١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا يملك ذلك إلا بإذنها[٢].

لأنه يطؤها بملك اليمين، فله تزويجها بغير إذنها قياساً على المدبرة.

[**١٢٣٠/٢٩**] **مسألة:** إذا قال: أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها انعقد النكاح، وثبت العتق صداقاً إذا كان بحضرة شاهدين[٣].

خلافاً لأكثرهم، والثانية: لا ينعقد النكاح[٤].

لما روى أنس أن النبي ﷺ: «أعتق صفية وجعل عتقها صداقها».[٥] فمنه

---

(١) وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد القولين ورجحه النووي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١١؛ والمغني ٩/ ٤٢٢؛ والإفصاح ٢/ ١١٨؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٦٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٤٣.

(٢) وبه قال مالك انظر: الحاوي الكبير ٩/ ١٣٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٤٣؛ والذخيرة ٤/ ٢٣٣.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩١-٩٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١١؛ المقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٦-٨٩٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٢٣؛ والإنصاف ٨/ ٩٩-٩٧.

(٤) وبه قال الجمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: ملتقى الأبحر ١/ ٢٤٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٣٢؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩١-٩٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١١.

(٥) رواه البخاري في النكاح: باب من جعل عتق الأمة صداقها (٥٠٨٦) ٣/ ٩؛ ومسلم في النكاح: باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها (١٣٦٥) (٨٥) ٢/ ١٠٤٥.

دليلان، أحدهما: أنه لم ينقل عن النبي ﷺ. أنه استأنف عليها عقد نكاح، ولو كان لظهر، ولو ظهر لنقل.

والثاني: قوله: «وجعل عتقها صداقها» ومتىٰ ثبت العتق عوضاً في المال الذي يقصد منه الأعواض، وهو إذا قال: أعتق عبدك علىٰ ألف. جاز أن يكون عوضاً عن البضع الذي لا يقصد منه العوض.

ولأن ما كان صداقاً في حق النبي - ﷺ - جاز أن يكون صداقاً في حق أمته، كالمال، وعند أبي حنيفة يجوز ذلك في حق النبي ﷺ[١].

[١٢٣١/٣٠] / **مسألة:** إذا أعتق أمته علىٰ أن تزوجه نفسها، فقبلت، ثم أبت أن تزوجه، فهي حرة ويلزمها قيمتها[٢]. [٤٤]

خلافاً لمالك [في قوله][٣]: لا يلزمها شيء[٤].

لأن المولىٰ لم يرض بخروج الأمة عن ملكه إلا بحصول المنفعة المشروطة، فإذا لم يحصل وجبت له قيمة ما خرج عن ملكه، كما لو تزوج امرأة علىٰ ألف درهم علىٰ أن يطلق فلانة امرأة له أخرىٰ، فلم يف بالشرط، إن للتي تزوجها قيمة بضعها، لأنها لم ترض بخروج البضع عن ملكها إلا بمنعفة تحصل لها مع الألف،

---

(١) انظر: عمدة القاري ١٦/ ٢٧٠-٢٧١.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١١-٩١٢؛ والمغني ٩/ ٤٥٦؛ والإنصاف ٨/ ٩٩؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٤٩؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٣٢.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٢٦٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٢٦٥.

فإذا لم تحصل لها تلك المنفعة كان لها قيمة ما خرج من ملكها، وهو البضع، كذلك ها هنا.

[١٢٣٢/٣١] **مسألة:** إذا اجتمع أخ لأب وأم، وأخ لأب فهما في ولاية النكاح سواء، وكذلك حمل العقل، والصلاة على الميت، وكذلك إذا اجتمع ابنا عم أحدهما أخ لأم[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في أحد القولين: (إن)[٢] الأخ من الأب والأم أولى[٣].

لأنهما استويا في قرابة الأب ولكل واحد منهما ولاية النكاح إذا انفرد، فوجب أن يستويا فيها، أصله: إذا كانا من أب وأم، أو كانا من أب.

وقولنا: «استويا في قرابة الأب» احتراز من الأخ مع ابن الأخ.

وقولنا: «ولكل واحد منهما ولاية النكاح إذا انفرد» احتراز من الأخ العدل مع الأخ الفاسق، والأخ الحر مع الأخ العبد.

[١٢٣٣/٣٢] **مسألة:** للابن ولاية على أمه في النكاح[٤].

---

(١) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٠.

(٢) في المخطوط (لأن) ولعله خطأ من الناسخ. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٢.

(٣) وهو أصح القولين عند الشافعية؛ وبه قال مالك؛ انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٦٧؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٩

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة؛ والحنفية؛ والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٣؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٨؛ والإنصاف ٨/ ٦٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧٨؛ والغرة المنيفة ص ١٣٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٤٥؛ والمدونة ٢/ ١٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٩.

خلافاً للشافعي في قوله: لا ولاية له على أمه[١].

لأن البنوة معنى يثبت التعصيب، فجاز أن تستفاد بها ولاية النكاح، كالأبوة، والأخوة، والعمومة.

ولأنه من عصباتها، فجاز أن يملك الولاية عليها، كالأب، والأخ، والعم.

ولأنها ولاية تثبت للإبن[٢] الذي هو ابن عم، فثبتت للإبن الذي ليس بابن عم، كولاية الصلاة على الميت.

[١٢٣٤/٣٣] **مسألة:** الأب مقدم على الابن[٣]، وكذلك الجد مقدم على الابن وعلى الأخ[٤].

خلافاً لمالك في قوله: الابن مقدم على الأب والجد[٥].

لأن الأب أشفق، من الابن فكان أحظى لها من سائر الغرماء.

[١٢٣٥/٣٤] **مسألة:** إذا حضر العصبة الأقرب والأبعد ولم يتشاحوا في العقد، فعقد الأبعد من غير عضل من الأقرب ولا إذن لم يصح العقد[٦].

---

(١) انظر: الأم ٥/ ١٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٥٨.

(٢) هكذا في المخطوط ولا يكون الابن ابن عم بحال إلا إذا كان المراد ابن العم البعيد.

(٣) المراد: أن الأب مقدم على الابن في الولاية على أمه في النكاح.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة؛ والحنفية؛ والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١٣ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٨١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٢٦؛ والحجة ٣/ ١٢٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٥؛ والأم ٥/ ١٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٠١.

(٥) انظر: المدونة ٢/ ١٤٣؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٩.

(٦) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٨٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥١؛ والإنصاف ٨/ ٨١؛ وفتح القدير ٣/ ٢٨٩؛ والمجموع ١٦/ ١٥٦.

خلافاً لمالك في قوله: أيهم عقد جاز[١].

لأن الأقرب حاضر لم يوجد منه عضل ولا إذن للأبعد فلم يصح عقده، دليله: لو نهاه عن العقد.

[١٢٣٦/٣٥] **مسألة:** إذا زوجها أحد الأولياء برضاها من غير كفء كان للباقين أن يعترضوا[٢].

وإنما تصح هذه المسألة على الرواية التي تقول: إن فقد الكفاءة لا يبطل[٣].

خلافاً/ لأبي حنيفة في قوله: يسقط حق الباقين[٤]. [٤٥]

لأن الحق ثبت لجماعتهم على وجه الإنفراد، بدليل: أنه لو امتنع بعضهم من العقد كان للباقين العقد، فلم يملك بعضهم إسقاط حق نصيبهم، كالدين المشترك إذا ترك بعض الشركاء.

وفيه احتراز من القصاص أنه يسقط بعفو أحد الشركاء حق الباقين، لأن ذلك لا يثبت على وجه الإفراد، لأنه إذا أمتنع بعضهم سقط حق الباقين[٥].

[١٢٣٧/٣٦] **مسألة:** فقد الكفاءة يبطل النكاح[٦].

---

(١) انظر: المدونة ٢/ ١٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٠.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٤؛ وشرح الزركشي ٥/ ٦٧؛ والإفصاح ٢/ ١٢٢؛ والأم ٥/ ١٦.

(٣) أي لا يبطل النكاح.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧٩؛ والغرة المنيفة ص ١٣٧.

(٥) انظر: المغني ١١/ ٥٨٠.

(٦) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ٨٨٦؛ والمغني ٩/ ٣٨٧.

خلافاً لأكثرهم، والثانية: النكاح صحيح[(١)].

لأن فقد الكفاءة تصرف في حق الغير بغير إذنه فكان باطلاً، دليله: إذا زوجت نفسها، أو زوجها الولي بغير إذنها، أو باع ملك غيره بغير اذنه، ولا يلزم عليه تصرف المريض في أكثر من الثلث أنه يقف على الإجازة ولا يقع باطلاً، لأن الحق له حين التصرف، وإنما يثبت الملك لهم بعد موته، ولهذا لا تصح إجازتهم في الحال، وليس لهم أن يقولوا: إذا اتفق الأولياء فالمنكوحة على العقد من غير كفء: إن العقد باطل، وإن لم يكن تصرف في حق الغير، بل هو تصرف في حق من يحدث من الأولياء.

ولأ[ن][(٢)] حق الكفاءة لا يختص المتعاقدين بل يتعلق ببقية العصبات، فكان وجوده شرطاً في صحة العقد، دليله: الولي والشهود، لما كان الشهود حضورهم لا يختص المتعاقدين بل شرط حفظ النسب خوف التجاحد، وكذلك ولاية الولي لا تختص المتعاقدين (فكان)[(٣)] وجود الولي شرطاً في صحة العقد، كذلك الكفاءة.

[**١٢٣٨/٣٧**] **مسألة:** النسب من شروط الكفاءة[(٤)].

---

(١) منهم: أبوحنيفة، ومالك، والشافعي في قوله الجديد، ورجحه ابن قدامة. انظر: فتح القدير ٣/ ٢٥٩؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٤٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٢٨؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٤٤؛ والمغني ٩/ ٣٨٧-٣٨٩.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) في المخطوط (كان).

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩٢-٩٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١٤؛ وشرح الزركشي ٥/ ٦٨؛ والإنصاف ٨/ ١٠٨؛ وفتح القدير ٣/ ٢٩٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٢٥.

خلافاً لمالك(١).

لما روىٰ ابن عمر قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «العرب بعضها لبعض أكفاء قبيلة بقبيلة، وحي بحي إلا حائكاً(٢)، أو حجاماً، ما ضر أن العرب بعضها أكفاء لبعض»(٣). دل علىٰ أن العجم ليسوا بأكفائهم.

وَرُوِيَ عن عمر أنه قال: «لأمنعنّ فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»(٤).

ولأن الناس يتفاضلون بالأنساب في العادة، فمن كان رفيع النسب لا يساوي من كان وضيع النسب.

[**١٢٣٩/٣٨**] **مسألة:** إذا رضيت المرأة بأقل من مهر مثلها لم يكن للأولياء الاعتراض عليها(٥).

---

(١) انظر: المدونة ٢/ ١٤٤؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٢٤٩.

(٢) الحائك: هو النساج. جاء في مختار الصحاح في مادة «حوك»: حاك الثوب نسجه. اهـ.

(٣) رواه البيهقي في النكاح: باب اعتبار الصنعة في الكفاءة، من طريق شجاع بن الوليد، ثنا بعض اخواننا، عن ابن جريج، عن عبدالله بن مليكة، عن عبدالله بن عمر عن رسول الله ﷺ قال البيهقي: هذا منقطع بين شجاع وابن جريج، حيث لم يسم شجاع بعض أصحابه، وروىٰ من وجه آخر عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ وهو أيضاً ضعيف قاله البيهقي. السنن الكبرىٰ ٧/ ١٣٤ـ١٣٥، قال الألباني عن هذا الحديث: «إنه موضوع» انظر: إرواء الغليل ٦/ ١٦٨.

(٤) رواه الدارقطني في النكاح (١٩٥) ٣/ ٢٩٨، وابن أبي شيبة في كتاب النكاح: ما قالوا في الأكفاء في النكاح المصنف ٤/ ٤١٨، وعبدالرزاق في النكاح: باب الأكفاء (١٠٣٢٤) المصنف ٦/ ١٥٢، والبيهقي في النكاح: باب اعتبار الكفاءة. السنن الكبرىٰ ٧/ ١٣٣، الجميع من طريق إبراهيم بن محمد بن طلحة عن عمر. وإبراهيم بن محمد بن طلحة لم يدرك عمر، فالأثر إذاً منقطع، وقد ضعف الألباني هذا الأثر عن عمر. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٦٥.

(٥) وبه قال الشافعي، وعند مالك وأصحابه إن كانت ثيباً لم يكن للأولياء الاعتراض، وإن كانت بكراً لهم الاعتراض. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٧٩ـ٨٠؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٨٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لهم الاعتراض[1].

لأن من لم يملك الاعتراض عليها في بقية المهر لم يملك الاعتراض عليها في المحاباة، كالأجنبي.

ولأن المهر عوض حقها، وهي رشيدة، فجاز لها أن ترضى بدون القيمة من غير اعتراض، أصله: الثمن، والأجرة

[١٢٤٠/٣٩] **مسألة:** إذا زوج بنته بدون مهر مثلها بما لا يتغابن بمثله الناس فيه جاز[2].

خلافاً للشافعي في قوله: ليس له ذلك[3].

لأن عقد النكاح ليس المبتغى فيه تحصيل الأعواض، وإنما المبتغى/ منه أن [٤٦] يضعها في منصب حسن، وأن يحصل لها من يحسن عشرتها، ومن يزينها ولا يشينها، فإذا نقص أبوها من مهرها علم أنه قد حصل لها من المعاني المبتغاة ما يؤتي على مقدار ما نقص من مهرها، وهو غير متهم، فوجب أن يجوز لحصول المقصود، ولا يلزم عليه بقية العصبات، لأن التهمة تلحق، ولا يلزم عليه إذا زوج أمتها بدون صداقها، أو باع، لأن المبيع من ذلك يحصل بالأعواض.

[١٢٤١/٤٠] **مسألة:** ولا فرق بين أن تكون البنت كبيرة أو صغيرة[4].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢١٩؛ وفتح القدير ٣/ ٢٠٣.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٨٩-٨٩٠؛ والمغني ٩/ ٤١٣؛ وفتح القدير ٣/ ٣٠٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٧٧ والمدونة ٢/ ١٤٠.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦٥-١٦٦؛ والمجموع ١٦/ ٣٣٠.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٦؛ والمغني ٩/ ٤١٣؛ والإنصاف ٨/ ٢٤٩-٢٥٠.

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك[١].

لأنه إنما جاز له ذلك في حق الصغيرة لنفي التهمة، وهذا موجود في الكبيرة والصغيرة، ولا يلزم عليه إذا كانت ثيباً، لأنه يحتمل أن نقول فيها كما نقوله في البكر الكبيرة، ويحتمل أن نفرق بينهما، لأن الثيب لا يملك إجبارها على النكاح، ولا يملك قبض صداقها عند أبي حنيفة[٢].

[١٢٤٢/٤١] **مسألة:** ليس للأب قبض صداق ابنته البكر البالغ بغير إذنها إذا كانت رشيدة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: له ذلك[٤].

لأنها رشيدة، فلم يكن لأبيها قبض مهرها بغير أمرها، كالثيب.

[١٢٤٣/٤٢] **مسألة:** إذا غاب الأقرب من الأولياء غيبة منقطعة فلمن دونه أن يزوج[٥].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢١٩؛ وفتح القدير ٣/ ٣٠٣؛ والمدونة ٢/ ١٤٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٢/ ١١٨.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٦؛ والإنصاف ٨/ ٢٥٣؛ والمجموع التكملة الثانية ٦/ ٣٩٩.

(٤) وبه قال ابن القاسم من المالكية انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٤٠؛ وفتح القدير ٣/ ٣٧٠، والذخيرة ٤/ ٣٥٦.

(٥) وبه قال الجمهور: الحنابلة، الحنفية، وكثير من المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٧؛ المقنع لابن البنا ٣/ ٨٨٥؛ ٨٨٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٧؛ والإنصاف ٨/ ٧٦؛ وفتح القدير ٣/ ٢٨٨؛ والغرة المنيفة ص١٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٠.

خلافاً للشافعي في قوله: تنتقل الولاية إلىٰ السلطان[١].

لأن من جاز أن تنتقل الولاية إليه بموت جاز أن تنتقل بغيبةٍ، كالقاضي.

ولأن الغيبة توجب انتقال الولاية إلىٰ الحاكم إذا لم يكن هناك [ولي، فإن كان][٢] ولياً ما وجب انتقالها إلىٰ الولي، أصله: الجنون، والموت.

[**١٢٤٤/٤٣] مسألة**: وحد الغيبة التي توجب نقل الولاية أن يكون في موضع لا تصل القافلة [إليه][٢] في السنة إلا مرة [٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: حده سفراً تقصر في مثله الصلاة[٤][٥].

لأن الولاية إنما انتقلت عنه بالغيبة علىٰ المنكوحة من الضرر في الانتظار، والضرر يلحق في مثل ذلك، لأن الكفء إذا حضر فالعادة أنه قد ينتظر سنة، ولا ينتظر مازاد علىٰ ذلك، فلهذا انتقلت ولايته فيما زاد عليه، ولم ينتقل فيما دون ذلك، لأن الكفء قد ينتظر في مثل هذه المدة.

[**١٢٤٥/٤٤] مسألة**: إذا أذنت لوليين في تزويجها، فزوجاها من رجلين

---

(١) وبه قال بعض المالكية انظر: الأم ٥/ ١٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٠٤، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٠.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

(٣) انظر: المغني ٩/ ٣٨٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٨؛ والإنصاف ٨/ ٧٦.

(٤) انظر: فتح القدير ٣/ ٢٩٠؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٢٧.

(٥) حد الغيبة عند المالكية ثلاث ليال، وعند الشافعية: أن يكون علىٰ أكثر من مسافة يوم وليلة. انظر: شرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٣/ ١٨٦-١٨٧؛ والحاوي الكبير ٩/ ١١١.

أحدهما بعد الآخر، فالنكاح للأول بكل حال دخل الثاني أو لم يدخل[١].

خلافاً لمالك في قوله: إن دخل بها الثاني فهي له دون الأول[٢].

لما روى (سمرة)[٣] عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «أيما امرأة زوجها/ وليان فهي للأول [٤٧] منهما»[٤]. ولم يفرق.

ولأنه نكاح لو عُرِّيَ عن الوطء لم يصح، فإذا صادف الوطء لم يصح، دليله: نكاح المعتدة، والمرتدة، ولا يلزم عليه امرأة المفقود إذا عقد عليها، ثم قدم الأول (إن)[٥] كان الثاني دخل صح نكاحه، وإن لم يدخل بطل، لأنا لا نحكم بصحة النكاح في الحالين، وإنما نبطل نكاح أحدهما في الثاني[٦].

[**١٢٤٦/٤٥**] **مسألة**: فإن زوجاها ولم يعلم السابق منهما أقرع بينهما، فمن

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩١؛ والمغني ٩/ ٤٢٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٤؛ والمبسوط ٤/ ٢٢٦؛ والأم ٥/ ١٧.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ١٤٧، والتفريع ٢/ ٣٣.

(٣) في المخطوط (أبو سمرة) ولعله خطأ من الناسخ.

(٤) رواه الإمام أحمد في مسند سمرة بن جندب، (٢٠١٠٦)، المسند ٧/ ٢٤٨، وأبوداود في النكاح: باب إذا نكح الوليان، (٢٠٨٨) ٢/ ٢٣٧، والترمذي في النكاح: باب ما جاء في الوليين يزوجان (١١١٠) ٣/ ٤٠٩. والنسائي في النكاح: باب في امرأة زوجها وليان. (٥٣٩٧/ ١)، (٥٣٩٨/ ٢) السنن الكبرى ٣/ ٢٨٦-٢٨٧، والحاكم في النكاح، (٢٧٢٠/ ٤٩). المستدرك على الصحيحين ٢/ ١٩، وابن أبي شيبة في النكاح: في الوليين يزوجان. المصنف ٤/ ١٣٩، والبيهقي في النكاح: باب الوكالة في النكاح. السنن الكبرى ٧/ ١٣٩. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ١٦٥: صحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة، فإن رجاله ثقات.

(٥) في المخطوط (وإن).

(٦) هكذا في المخطوط ولم يتبين لي المعنى.

خرجت عليه القرعة حكم أنه الأول منهما[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، والثانية: لا يقرع بينهما[٢].

لأن ملك البضع بعقد النكاح بنىٰ إزالته علىٰ التغليب والسراية، فجاز أن تدخل القرعة في أصله، دليله: ملك اليمين تدخل القرعة في أصله، وهو حال القسمة، وطرح القرعة علىٰ السهام.

[١٢٤٧/٤٦] **مسألة:** فإن قلنا: لا يقرع بينهما علىٰ الرواية الثانية فإنه يفسخ عليهما النكاح[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: النكاح مفسوخ ولا يحتاج إلىٰ فسخ[٤].

لأنه إذا علم أن أحدهما سبق ولم يعلم عينه، أو علمنا ونسينا، ثم أشكل، فإنه لا يبطل بالإشكال، ألا ترىٰ أنه لو أعتق أحد عبيده ثم نسي عينه لم يبطل العتق، كذلك ها هنا، فإذا لم يحكم ببطلانه بإشكاله احتجنا إلىٰ أن يفسخ العقد عليهما، لأنه يحتمل أن يكون كل واحد منهما انعقد له.

[١٢٤٨/٤٧] **مسألة:** لا يجوز للولي أن يزوجها من نفسه، كابن العم،

---

(١) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩٥-٩٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١٧؛ والمغني ٩/ ٤٣٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٠٧؛ والإنصاف ٨/ ٨٩.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المبسوط ٤/ ٢٢٦؛ والمدونة ٢/ ١٤٧؛ والأم ٥/ ١٧-١٨؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩٥-٩٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩١٧؛ والإنصاف ٨/ ٨٩.

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: شرح الزركشي ٥/ ١٠٧؛ والإنصاف ٨/ ٨٨-٨٩؛ والمبسوط ٤/ ٢٢٦؛ والمدونة ٢/ ١٤٧.

(٤) انظر: الأم ٥/ ١٧-١٨؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٩٠.

والمعتق، والوكيل[1].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز له ذلك بإذنها[2].

لأنه عقد ملك إيجابه بإذنها، فوجب أن لا يتولىٰ طرفيه، أصله: الوكيل في البيع، ولا يلزم عليه شراء الأب من مال ابنه الصغير وبيع ماله، لأنه ملك إيجابه من الطرفين بغير إذن، ولا يلزم عليه إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها أن النكاح ينعقد بنفسه، لأنه ملك إيجابه بغير إذن، لأنها لو لم ترض بالعقد لزم.

[**٤٨/١٢٤٩**] **مسألة:** ويجوز له أن يوكل في تزويجها من نفسه بأمرها[3].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز له ذلك، بل يرفع أمرها إلىٰ الحاكم ليزوجها منه[4].

لأنه يلي العقد عليها، ويجوز له نكاحها، فجاز أن يوكل في التزويج، دليله: الإمام الأعظم.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هناك ضرورة، وها هنا لا ضرورة، لأنه يعدل إلىٰ الإمام، لأنه لا ضرورة فيه، لأنه يمكنه أن ينصب من يعقد، كما ينصب من يحكم

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٥؛ والإنصاف ٨/ ٩٦؛ والحاوي الكبير ٩/ ١٢٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤١٦.

(٢) وبه قال مالك. انظر: فتح القدير ٣/ ٣٠٥؛ والغرة المنيفة ص ١٣٩؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٣٢؛ والمدونة ٢/ ١٤٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣١.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٥؛ والإنصاف ٨/ ٩٦.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٤١٦. والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٥٣.

له ولا يحكم لنفسه، ولا يقال: يحكم لنفسه للضرورة، ويفارق هذا المبيع في حق الوصي، والحاكم، وأمينه، لأنه لا يجوز له ذلك، وقد جاز للحاكم النكاح.

[١٢٥٠/٤٩] **مسألة:** / إذا تزوجت المرأة على أنه حر فخرج عبداً، فالتزويج صحيح ولها الخيار(١). [٤٨]

خلافاً للشافعي في أحد القولين: العقد باطل(٢).

لأن كل ما لا يفتقر صحة العقد إليه، فإذا ذكر وكان صحيحاً لزم، فإذا ذكر ولم يصح لم يؤثر في إبطال العقد قياساً على المهر.

[١٢٥١/٥٠] **مسألة:** فإن تزوج امرأة على أنها حرة فوجدها أمة، فالنكاح جائز، وله الخيار(٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا خيار له(٤).

لأن الزوج يساوي الزوجة في الخيار المتعلق بالنكاح، ألا ترى أنه يساويها في خيار الرد بالعيب، فوجب أن يساويها في هذا الخيار، فنقول: عقد نكاح شرط فيه حرية أحد الزوجين، فإذا لم يوجد على الصفة ثبت للآخر الخيار، دليله: إذا

---

(١) قال به الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، وأصح القولين عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ١١٤؛ والإنصاف ٨/ ١٧٦؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٨٦؛ والمدونة ٢/ ١٦٧؛ والأم ٥/ ٤٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥١٨.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥١٨.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة؛ والمالكية؛ والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩١٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٤؛ والإنصاف ٨/ ١٦٨-١٦٩؛ و لمدونة ٢/ ١٦٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥١٩؛ والمجموع ١٦/ ٢٨٨.

(٤) نظر: المبسوط ٥/ ١١٦-١١٨.

شرطت حرية الزوج فبان أنه عبد، ويفارق هذا إذا تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيباً، أو على أنها نسيبة فبانت وضيعة، أنه لا خيار له على أحد الروايتين، لأنه لا ضرر على الزوج بفقد هذه الصفات، وها هنا عليه ضرر، وهو استرقاق ولده، وحيلولة السيد بينه وبينها نهاراً والمسافرة بها.

[**١٢٥٢/٥١**] **مسألة:** إذا تزوج العبد امرأة بإذن المولى على أنها حرة، فولدت له أولاداً، ثم تبين أنها أمة، فالأولاد أحرار[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الأولاد رقيق لمولى الأمة[(٢)].

لأن ولد العبد يجوز أن يكون حراً، بدلالة أنه لو تزوج حرة كان الولد حراً، فإذا كان مغروراً وجب أن يكون ولده حراً، كالحر.

[**١٢٥٣/٥٢**] **مسألة:** لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][(٤)]. ينعقد النكاح بلفظ الهبة وبكل لفظ يقتضي التمليك، كالبيع ونحوه[(٥)].

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ١١٥؛ والإنصاف ٨/ ١٦٨؛ والأم ٥/ ٤٦.

(٢) وبه قال عبدالرحمن بن قاسم تلميذ الإمام مالك. انظر: المبسوط ٥/ ١٢٠؛ والمدونة ٢/ ١٦٧.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٠؛ والمغني ٩/ ٤٦٠؛ والإنصاف ٨/ ٤٦؛ والأم ٥/ ٤٠؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٦٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٢٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٠؛ والغرة المنيفة ص ١٤٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٣٨؛ وكتاب القبس ٢/ ٦٩٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤؛ والاستذكار ١٦/ ٦٨.

لقوله تعالىٰ: ﴿ وامرأة [مؤمنة][1] إن وهبت نفسها للنبي﴾ إلىٰ قوله: ﴿ خَالِصَةً لَّكَ من دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[2]. وكل لفظ يقصد به غير النكاح لم ينعقد به النكاح، دليله: لفظ الإجارة، والوصية، والرهن، وعكسه أنكحت، وتزوجت، وعتقتك وجعلت عتقك صداقك، لما لم ينعقد به غير النكاح، لهذا انعقد به النكاح.

ولأن لفظ الهبة، والتمليك، والبيع كناية، ومن شرط صحة النكاح تحمل الشاهدين عقد النكاح، ولا يمكنهم بالكناية، فإن النية معينة في الشاهدين فيجب أن لا يصح، ولا يلزم عليه إذا قال: جعلت عتقك صداقك، أو قال له: زوجتك فلانة. فقال: قبلت أن النكاح ينعقد، لأن هذا ليس بكناية عندنا، ولهذا لا تعتبر نيته.

[٥٣/١٢٥٤] **مسألة:** إذا قال: زوجتك، أو أنكحتك. فقال: قبلت. ولم يقل النكاح جاز[3].

خلافاً للشافعي في قوله:/ لا يجوز حتىٰ يقول: قبلت النكاح والتزويج[4]. [٤٩]

لما روىٰ أبوبكر بن شاذان في تزويج النبي ﷺ لفاطمة بعلي - رضوان الله عليهم - بإسناده، وذكر فيه: أن علياً خطب لنفسه، وقال في خطبته: وقد زوجني رسول الله ﷺ ابنته فاطمة، وقد جعل صداقها درعي هذا، وقد رضيت بذلك، فسلوه واشهدوا فقال المسلمون لرسول الله ﷺ:

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) الأحزاب (٥٠).

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٠؛ والإنصاف ٨/ ٤٩؛ وفتح القدير ٣/ ١٩٠، وتقريرات الشيخ محمد عليش بهامش الشرح الكبير ٢/ ٢٢١.

(٤) انظر: المجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢١١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٨٢.

أزوجته يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ : «نعم». فقال المسلمون : بارك الله لهما، وبارك عليهما، وجمع شملهما». [١] فوجه الدلالة أن النبي ﷺ قال: «نعم». ولم يقل نعم زوجت. (وعندهم)[٢] لا ينعقد النكاح بمثل هذا اللفظ.

ولأن قوله: [قبلت][٣] خارج مخرج الجواب، فيصير لما تقدم كالمضمر فيه، كأنه قال قبلت هذا النكاح، ويكون بمنزلة الصريح، ولهذا قال تعالى: ﴿ **فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ** ﴾[٤]، وقال: ﴿ **أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ** ﴾[٥]. وإذا قال لي عليك ألف درهم. فقال: صدقت. كان إقراراً، وكان التصديق راجعاً إلى ماسبقه من القول، وكذلك إذا قال: بعتك ثوبي بكذا. فقال: قبلت. كان قبولاً للبيع.

[**١٢٥٥/٥٤**] **مسألة:** لا يجوز للعبد أن ينكح أكثر من اثنتين[٦].

خلافاً لمالك، وداود [في قولهما][٧]: له أن ينكح أربعا[٨].

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ؛ وأما تزويج النبي ﷺ لعلي ابنته فاطمة فمتواتر.

(٢) في المخطوط: (ولا عندهم).

(٣) ساقطة من المخطوط.

(٤) الأعراف: (٤٤).

(٥) الأعراف: (١٧٢).

(٦) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٢٩؛ والإنصاف ٨/ ١٣١؛ وفتح القدير ٣/ ٢٤٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤١؛ والأم ٥/ ٤٥؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٩٦.

(٧) ساقط من المخطوط.

(٨) انظر: الموطأ ٢/ ٥٤٣؛ المدونة ٢/ ١٦١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤١-٤٤٧؛ والمحلى ٩/ ٤١.

لأنه حق من حقوق النكاح مقدر، فلا يساوي العبد الحر فيه، دليله: الطلاق، والعدة، ولا يلزم عليه المأكول، والملبوس، والمشروب، لأنه لم يتقدر في النكاح.

[١٢٥٦/٥٥] **مسألة:** إذا تزوج بامرأة وأختها تعتد منه من طلاق باين، أورجعي لم يصح النكاح، وكذلك إذا تزوج خامسة والرابعة معتدة منه[١].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يجوز له العقد إذا كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعياً لم يجز[٢].

لأنها معتدة في حقه فلا يجوز له العقد على اختها، دليله: إذا قال: أنت باين، أو قال: أنت طالق ونوى الثلاث، ولا يلزم عليه إذا قال: أخبرتني بانقضاء عدتها في مدة يمكن ذلك وكذبته، إن له أن يعقد على أختها، لأنها غير معتدة في حقه، وإنما هي لحق الله، ألا ترى أنه لو طلقها رجعيا، وقال: أخبرتني وكذبته، فإن له أن يعقد على أختها عندهم.

ولأن العدة تمنع من الجمع ما يمنعه نفس النكاح، لأنها ممنوعة من النكاح في عدتها كما كانت ممنوعة في حال بقاء النكاح، فجرت العدة في باب المنع مجرى النكاح نفسه، والنكاح منع من العقد على أختها كذلك عدتها منه.

[١٢٥٧/٥٦] **مسألة:** يجوز نكاح الأمة في عدة من الحرة إذا كانت العدة من

(١) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٣٥؛ والإنصاف ٨/ ١٢٤؛ وكتاب الحجة ٣/ ٤٠٥؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٦؛ والغرة المنيفة ص ١٤١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٠؛ وفتح القدير ٣/ ٢٢٥.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٢٠٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩١؛ والأم ٥/ ٣؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٨٢.

طلاق باين وكان خائفاً للعنت ولا يجد طولاً لحرة [١] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : (لا يجوز) [٢][٣] .

لأنه غير ممنوع من الجمع بين الحرة والأمة ، لأنه لو تزوج أمة ، ثم تزوج حرة / عليها جاز ، وإنما منع من العقد على الأمة عند استغنائه عن [٥٠] نكاحها ، وعدم حاجته إليها ، وهو غير مُسْتغْنٍ عن نكاحها في هذا الحال ، وبه حاجة إليه ، فيجب أن يجوز كما يجوز بعد انقضاء العدة .

[١٢٥٨/٥٧] **مسألة:** إذا زنا رجل بامرأة لم يجز له التزويج بها إلا أن يتوبا [٤] .

خلافاً لأكثرهم في قولهم : التوبة ليست بشرط في إباحة العقد [٥] .

لأن الزنا فعل يوجب القتل [٦] لحق الله تعالى فجاز أن يوقع تحريماً لا يرتفع إلا بالتوبة ، دليله : الردة ، ولا يلزم عليه القصاص ، والقتل في المحاربة ، لأنه يتعلق بحق آدمي .

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة ؛ والشافعية ؛ وأحد القولين لمالك . انظر : المقنع لابن قدامة ٣/ ٤١ ؛ وحاشية المقنع بهامشه ٣/ ٤١ ؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٩٠ ؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣ .

(٢) في المخطوط (يجوز) . والصحيح ما أثبت . انظر : الهداية شرح بداية المبتدئ ١/ ٢١١ .

(٣) انظر : الهداية شرح بداية المبتدئ ١/ ٢١١ ؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٢ .

(٤) انظر : رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٢ ؛ والمغني ٩/ ٥٦٢ ؛ والإنصاف ٨/ ١٣٢ .

(٥) منهم الحنفية ؛ والمالكية ؛ والشافعية . انظر : كتاب الحجة ٣/ ٣٨٧ ؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ١٢٩ ؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٤ ؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢١٩ .

(٦) هذا إذا كان الزاني ثيباً وتوفرت فيه شروط الرجم .

ولأنه وطء يوجب تحريماً مؤبداً عندنا وعند أبي حنيفة[(١)]، وهو تحريم المصاهرة، فجاز أن يوجب تحريماً مؤقتاً، كوطء الشبهة.

[١٢٥٩/٥٨] **مسألة:** لا يجوز تزويج الزانية إلا بعد الاستبراء، وإن حملت حتىٰ تضع[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يجوز قبل الاستبراء[(٣)].

لأن رحمها مشغول بغير مائة، فلم يجز له العقد عليها، دليله: الموطوءة بشبهة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك الوطء [ليس][(٤)] له حرمة، بدليل [عدم][(٥)]: ثبوت النسب، والإباحة، والمهر، وتحريم المصاهرة يتعلق ذلك بالزنا، وذلك أن نفي النسب لا يدل علىٰ إسقاط العدة، بدليل: وطء المراهق زوجته، وكذلك الملاعنة لا يثبت نسبها[(٦)] ويجب عليها العدة، وعلىٰ أنه إن يثبت النسب، فهو يفسد العبادات ويجب عليه القتل[(٧)]، وأما المهر فيجب عليه إذا أكرهها عليه، وأما

(١) انظر: المغني ٩/ ٥٢٩، وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٤٠.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٢؛ والمغني ٩/ ٥٦١؛ والإنصاف ٨/ ١٣٢-١٣٣؛ والمدونة ٢/ ٢٠٢.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدىٰ ١/ ٢١٢؛ وشرح فتح القدير ٣/ ٢٤١؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٤٢؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٧٨.

(٤) مابين القوسين لم يذكر بالمخطوط.

(٥) مابين القوسين لم يذكر بالمخطوط.

(٦) أي لا يثبت نسب ابنها، وهذا إذا نفاه الزوج في لعانه.

(٧) هكذا بالمخطوط والكلام غير مستقيم، ولم يتضح لي وجه الصواب.

الاباحة للزوج الأول فانتفاؤه لا يسقط العدة، بدليل: وطء الشبهة.

ولأنه وطء يثبت تحريماً مؤبداً، وهو تحريم المصاهرة عندنا وعند أبي حنيفة، فأثبت تحريماً مؤقتاً، كالشبهة.

[**١٢٦٠/٥٩**] **مسألة:** لا يجوز الجمع بين الأختين بملك اليمين في الوطء[١].

خلافاً لداود في قوله: يجوز[٢].

لقوله تعالىٰ: ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ** ﴾[٣]. وهذا عام.

[**١٢٦٠/٦٠**] **مسألة:** إذا دخل بامرأة حرمت عليه بنتها على التأبيد سواء كانت في حجر غيره أو لم تكن[٤].

خلافاً لداود في قوله: إن كانت في حجره حرمت، وإن لم تكن في حجره لم تحرم[٥].

لما روىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ قال: «أيما رجل

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩٨، ورؤوس المسائل ٣/ ٩٢٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٠٢-٩٠٣؛ والإنصاف ٨/ ١٢٤-١٢٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٠٨؛ وفتح القدير ٣/ ٢١٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٠؛ والمدونة ٢/ ٢٠٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤١؛ والمجموع ١٦/ ٢٢٨.

(٢) انظر: المحلى ٩/ ٥٢٢.

(٣) النساء (٢٣).

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٢-٩٢٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٠٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٥١؛ والإنصاف ٨/ ١١٥؛ وفتح القدير ٣/ ٢٠٩-٢١٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٠؛ والمدونة ٢/ ٢١٢؛ والأم ٥/ ٢٦.

(٥) انظر: المحلى ٩/ ٥٢٧.

نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها، وإن كان دخل بها فلا تحل له بنتها»[١].

ولأنه سبب تحرم به المرأة على الرجل إذا كانت في حجره، فوجب أن تحرم عليه وإن لم تكن في حجره، كسائر الأسباب الموجبة للتحريم، مثل: تحريم [أزواج][٢] الأبناء، وزوجة الأب.

[١٢٦٢/٦١] **مسألة**: إذا كانت تحته أمه يطأها فتزوج أختها لم يصح النكاح[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: / يصح النكاح و[ليس][٤] له وطؤها حتى تحرم الموطوءة على نفسه بإعتاق، أو بيع، أو هبة[٥]. [٥١]

وخلافاً للشافعي في قوله: يصح النكاح وله وطؤها، وحرمت عليه الموطوءة

---

(١) رواه الترمذي في النكاح: باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا؟ (١١١٧)؛ ٣/ ٤١٦-٤١٧، وقال الترمذي: «هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة، والمثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، والمثنى ابن الصباح وابن لهيعة يُضعَّفان في الحديث» والبيهقي في النكاح: باب ما جاء في قول الله تعالى: ﴿**وامهات نسائكم وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن**﴾. السنن الكبرى ٧/ ١٦٠، وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٨٦.

(٢) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٣.

(٣) وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٩٨؛ والمقنع لابن البنا ٢/ ٩٠٣؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٦٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤١.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٠٨؛ وفتح القدير ٣/ ٢١٣-٢١٤.

بملك اليمين[١].

لأن الفراش يثبت بالوطء بملك اليمين كما يثبت بالنكاح، ثم ثبت أنه إن تزوج أمة لم يجز له أن يتزوج أختها، كذلك إذا وطء لم يجز أن يتزوج أختها.

ولأنه إذا وَطِئ الزوجة قبل أن تحرم الأمة على نفسه استلحق نسب ولد أجنبي، ولا يجوز ذلك، كما لو وطئها بملك اليمين.

[١٢٦٣/٦٢] **مسألة:** يثبت تحريم المصاهرة بالزنا، فإذا زنا بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها، وحرمت على أبيه وابنه[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يثبت تحريم المصاهرة[٣].

لأنه وطء مقصود، فوجب أن يتعلق به تحريم المصاهرة، أصله: الوطء المباح، والوطء بالشبهة، ولا يلزم عليه اللواط، لأنه ينشر الحرمة، ولا يلزم عليه وطء الميتة، والصغيرة الطفلة التي لا يجامع مثلها أن ذلك غير مقصود.

ولأن النكاح عقد يفسخ بوطء الشبهة، فجاز أن يفسخ بالزنا، دليله: عقد الإحرام، وعندهم لا ينفسخ نكاح زوجته إذا زنا بأمها، أو بنتها، وعندنا ينفسخ.

---

(١) انظر: الأم ٥/ ٤٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦٠.

(٢) قال به الحنابلة، والحنفية، وروي عن الإمام مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٠٧؛ والمغني ٩/ ٥٢٩؛ والإنصاف ٨/ ١١٧؛ رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٠؛ والغرة المنيفة ص ١٤٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٤.

(٣) وهو الصحيح من قول مالك. انظر: الأم ٥/ ٢٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٥٣؛ والموطأ ٢/ ٥٣٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٤.

[١٢٦٤/٦٣] **مسألة:** اللواط ينشر الحرمة كالزنا، وهو أن يلوط بغلام فيحرم عليه أن يتزوج بنته وأمه، ويحرم على الغلام أن يتزوج بنت الواطي وأمه، كما لو كانت امرأة فوطئها حرمت عليها أن تعقد على ابنه وأبيه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: اللواط لا ينشر الحرمة[٢].

لأنه يثبت من وطئه آثام[٣] فحرم عليه نكاحها، كما لو وَطِئ أمها.

ولأنه وطء مقصود فنشر الحرمة، دليله: الأم.

[١٢٦٥/٦٤] **مسألة:** اللمس بشهوة، والنظر إلى الفرج لشهوة لا يوجب التحريم[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي[٥].

لأنه استمتاع مباشرة لا يوجب الغسل، فلا يوجب تحريم المصاهرة، دليله: القبلة لغير شهوة، وقبلة الصغير.

---

(١) انظر رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٤؛ والمغني ٩/ ٥٢٨-٥٢٩؛ والإنصاف ٨/ ١١٧.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعي. انظر: فتح القدير ٣/ ٢١٩؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٠٧؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٣٨-٣٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٥٣.

(٣) في المخطوط (من وطئه آثام من وطئه) وهذا تكرار.

(٤) وهذا أحد القولين للشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٤، والمغني ٩/ ٥٣١-٥٣٢؛ والإنصاف ٨/ ١١٨-١١٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٥٣.

(٥) انظر: كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٧٢؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٠٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٠-٢٤١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٠؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٥٣.

[١٢٦٦/٦٥] **مسألة:** لا يجوز للرجل أن يتزوج بنته من الزنا[(١)].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يجوز له أن يتزوجها[(٢)].

لأنه وطئ أمها وطئاً مقصوداً فلا يجوز له أن يتزوجها، دليله: إذا وطئها بشبهة.

ولأنها مخلوقة من مائه في الظاهر، فوجب أن يحرم عليه نكاحها، كالبنت من النسب.

[١٢٦٧/٦٦] **مسألة:** لا يجوز للمسلم نكاح الأمة الكتابية حراً كان أو عبداً[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز[(٤)].

لأنها أمة كافرة، فلم يجز للمسلم نكاحها قياساً على الأمة المجوسية.

ولا معنى لقولهم: لا تأثير لكونها أمة في المجوسية، لأن الحرة / بمنزلة الأمة [٥٢]

---

(١) وبه قال الحنفية، ورواية عن مالك اختارها ابن القاسم تلميذ مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٥؛ والمغني ٩/ ٥٢٩؛ والإنصاف ٨/ ١١٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٢؛ والغرة المنيفة ص ١٤٣؛ والمدونة ٢/ ٢٠٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٤.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٤٨؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٤.

(٣) وبه قال الجمهور. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٠٤-١٠٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٢٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٨٨، والإنصاف ٨/ ١٣٥-١٣٨، والمدونة ٢/ ٢١٦، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٥؛ والأم ٥/ ٩٦.

(٤) انظر: الحجة ٣/ ٣٣٧؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤١؛ وفتح القدير ٣/ ٢٢٩.

في التحريم وذلك أن تحريم النكاح ثبت في الأمة المجوسية لعلتين، أحدهما: الرق، والثانية: الكفر. وفي الحرة المجوسية لعلة واحدة، وهو الكفر، وهذا غير ممتنع، كما يحرم وطء الحائض المُحَرِمَةُ لعلتين: نزول الحيض، وبقاء الإحرام.

[١٢٦٨/٦٧] **مسألة**: إذا أسلم وتحته خمس نسوة يختار من الخمس أربعاً ويفارق البواقي سواء تزوجهن في عقود مختلفة أو عقد واحد، كذلك إذا كان تحته أختان[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان قد تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن، وإن كان في عقود متفرقة فنكاح الأربع الأول جائز، ونكاح الخامسة باطل، وكذلك إذا كان تحته أختان[٢].

لما روىٰ سالم عن أبيه أن غيلان بن (سلمة)[٣] الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة. فقال له النبي ﷺ: «اختر منهن أربعاً»[٤]. وفي لفظ آخر: «خذ منهن أربعاً

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩١٧؛ والمغني ١٠/ ١٥؛ والإنصاف ٨/ ٢١٧؛ والمدونة ٢/ ٢١٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٢؛ والأم.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ١٢٥ـ١٢٦؛ رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٥.

(٣) في المخطوط (سالم) ولعله خطأ من الناسخ. انظر: أسد الغابة ٤/ ٣٤٣؛ والإصابة ٣/ ١٨٩.

(٤) رواه الترمذي في النكاح: باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة (١١٢٨)/٣/ ٤٢٦، وابن ماجة في النكاح: باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة (١٩٥٣)/١/ ٦٢٨، وابن أبي شيبة في النكاح: ما قالوا فيه إذا أسلم وعنده عشر نسوة. المصنف ٤/ ٣١٧، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٩/ ٤٦٣، والحاكم في النكاح (٢٧٧٩/ ١٠٨)، (٢٧٨٠/ ١٠٩)، (٢٧٨١/ ١١٠)، (٢٧٨٢/ ١١١)، (٢٧٨٣/ ١١٢) المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢٠٩ـ٢١٠، والدارقطني في النكاح (٩٣)/٣/ ٢٦٩، والبيهقي في النكاح: باب عدد ما يحل من الحرائر والإماء. السنن الكبرىٰ ٧/ ١٤٩، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٩١.

وفارق سائرهن»[١].

وروى الديلمي قال: قدمت على النبي ﷺ وعندي أختان تزوجتهما في الجاهلية. فقال: ﷺ: «إذا رجعت فطلق أحداهما»[٢]. فوجه الدلالة أن النبي ﷺ خيره ولم يفرق بين الأوائل والأواخر، وعندهم: لا يخير، وكل امرأة جاز أن يبتدي العقد عليها بعد إسلامه إذا لم يكن بينهما نكاح جاز استدامة نكاحها بعقد مطلق في الشرك، دليله: الأولى، فنقيس الخامسة على الأولى، ولا يلزم عليه إذا أسلم وتحته ذات رحم، أو امرأة نكحها في عدة، لأن ابتداء نكاحها لا يجوز فلم تجز الاستدامة، ولا يدخل عليه إذا تزوج بشرط الخيار الثلاث، ثم أسلم، لأن العقد غير مطلق.

---

(١) رواه الترمذي في النكاح: باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة (١١٢٨)/٣/ ٤٢٦، وابن ماجة في النكاح: باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة (١٩٥٣)/١/ ٦٢٨، وابن أبي شيبة في النكاح: ما قالوا فيه إذا أسلم وعنده عشر نسوة. المصنف٤/ ٣١٧، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان٩/ ٤٦٣، والحاكم في النكاح(٢٧٧٩/ ١٠٨)، (٢٧٨٠/ ١٠٩)، (٢٧٨١/ ١١٠)، (٢٧٨٢/ ١١١)، (٢٧٨٣/ ١١٢) المستدرك على الصحيحين٢/ ٢٠٩-٢١٠، والدارقطني في النكاح(٩٣)/٣/ ٢٦٩، والبيهقي في النكاح: باب عدد ما يحل من الحرائر والإماء. السنن الكبرى ٧/ ١٤٩، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٩١.

(٢) رواه أبوداود في الطلاق: باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان (٢٢٤٣) ٢/ ٢٨٠؛ والترمذي في النكاح: باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان (١١٢٩) (١١٣٠) ٣/ ٤٢٧؛ وابن ماجة في كتاب النكاح: باب الرجل يسلم وعنده أختان(١٩٥٠)واللفظ له ١/ ٦٢٧؛ والدارقطني في النكاح: (١٠٥)، (١٠٦)، (١٠٨)، (١٠٩) ٣/ ٣٧٣، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٩/ ٤٦٢؛ والبيهقي في النكاح: باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة السنن الكبرى ٧/ ١٨٤. وقد حسن الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٣٣٥.

[١٢٦٩/٦٨] **مسألة:** إذا أسلـم أحد الزوجين الوثنيين، أو المجوسيين، أو أسلمت امرأة الذِّمِّيِّ، فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح، وإن كان بعد الدخول لم تقع الفرقة حتى تنقضي العدة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في [قوله][٢]: يعرض الإسلام على المتأخر، فإن أسلم وإلا فرق بينهما سواء كان قبل الدخول أو بعده[٣].

فالدلالة على أن اختلاف الدين إذا وجد قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، لأنه اختلاف دين يمنع من الإقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول تعلقت به الفرقة في الحال، كالردة، ولا يلزم عليه إذا أسلم الذمي وزوجته ذمية أن النكاح لا ينفسخ، لأنه اختلاف دين لا يمنع من الإقرار على النكاح.

ولأنه سبب لو كان بعد الدخول تعلقت به الفرقة عند انقضاء العدة، فإذا كان قبل الدخول تعجلت به الفرقة، كالطلاق، والموضع الذي تتعلق الفرقة بانقضاء العدة بعد الدخول عند أبي حنيفة إذا وجد / اختلاف الدين بهما في دار الحرب. [٥٣]

فالدلالة على أن اختلاف الدين إذا وجد بعد الدخول لم ينفسخ النكاح قبل انقضاء العدة: أنه اختلاف دين يمنع من إقرارهما على النكاح على التأبيد، فوجب أن تتعلق الفرقة عند انقضاء العدة، كما لو كانا حربيين في دار الحرب.

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩١٥-٩١٦؛ والمغني ١٠/ ٦؛ والإنصاف ٨/ ٢١٠-٢١٣؛ والمدونة ٢/ ٢١٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥١؛ والأم ٥/ ٤٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: فتح القدير ٣/ ٤١٩؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٧٤.

[**١٢٧٠/٦٩**] **مسألة:** اختلاف الدارين لا يوقع الفرقة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: اختلاف الدارين يوقع الفرقة. فعنده إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة وخلفت زوجها في دار الحرب كافراً وقد دخل بها وقعت الفرقة بينهما في الحال[٢].

لأن اختلاف الدارين بين الزوجين لا يوقع الفرقة بينهما، أصله: إذا دخل المسلم دار الحرب وأقام بها وامرأته مسلمة في دار الإسلام، أو أقامت امرأة الحربي في دار الحرب وخرج هو إلى الإسلام بالأمان لتجارة، أو رسالة، فإن النكاح لا ينفسخ.

ولأنه عقد من العقود فلا ينفسخ باختلاف الدارين، كالبيع وغيره.

[**١٢٧١/٧٠**] **مسألة:** إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين بعد الدخول، فالنكاح موقوف على انقضاء العدة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية: ينفسخ النكاح في الحال[٤].

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٧؛ والمغني ١٠/ ١٣؛ والمدونة ٢/ ٢١٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٣/ ٣٠٠-٣٠١.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٩٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٤؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٧

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٠٥-١٠٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٢٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩١٩-٩٢٠؛ والمغني ١٠/ ٣٩؛ والإنصاف ٨/ ٢١٦؛ والأم ٥/ ٥٢.

(٤) انظر: فتح القدير ٣/ ٤٢٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٥؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٧٨؛ والمدونة ٢/ ٢٢٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٠٥-١٠٦؛ والإنصاف ١/ ٢١٦.

لأنه اختلاف دين بعد الإصابة، فوجب أن لا يقع بها البينونة في الحال، أصله: إذا أسلمت الحربية في دار الشرك.

ولأنها ردة طارئة على النكاح بعد الإصابة، فوجب أن لا توقع البينونة في الحال، أصله: إذا ارتدا معاً.

[١٢٧٢/٧١] **مسألة:** إذا ارتد الزوجان معا كان بمنزلة ارتداد أحدهما[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقع الفرقة[٢].

لأنها ردة طارئة على النكاح، فوجب أن يتعلق بها حصول الفرقة، أصله: إذا ارتد أحدهما، يبين صحة هذا: أنهما سواء في استباحة دمه، وماله، وإحباط عمله.

[١٢٧٣/٧٢] **مسألة:** أنكحة الكفار صحيحة تتعلق بها أحكام المسلمين من الطلاق، والظهار، واللعان، والإيلاء، والإباحة للزوج الأول سواء كان من أهل الذمة أو من أهل دار الحرب[٣].

خلافاً لمالك في قوله: هي باطلة لا تتعلق بها أحكام المسلمين[٤].

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٩؛ والمغني ١٠/ ٤٠، والإنصاف ٨/ ٢١٥؛ والمدونة ٢/ ٢٢٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٥؛ والأم ٥/ ٥٢.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٩١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٥.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٢٩؛ والمغني ١٠/ ٤٠؛ والإنصاف ٨/ ٢٠٦؛ وفتح القدير ٣/ ٤١٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٣؛ والأم ٥/ ٦٠؛ وحلية العلماء ٦/ ٤٣٩.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٦٧، وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٢٦٧.

لأن النبي ﷺ «رجم يهوديين زنيا»[١]. وبالإجماع لا يرجم إلا من كان محصناً، ولا يحصل إلا بنكاح صحيح.

ولأن النبي ﷺأقر من أسلم على نكاحه في الجاهلية، منهم: أبو سفيان لما أسلم رد زوجته[٢] إليه بالنكاح الأول.

ولأنه نكاح يقران عليه، وجب أن يكون نكاحاً صحيحاً، كأنكحة المسلمين، ولا يلزم عليه إقرارهم على بيع الخمر، والخنزير، وعقود الربا، لأن تلك محكوم بصحتها، ولو لم يكن ذلك كذلك لأمرناهم بردها بعد الإسلام.

[**١٢٧٤/٧٣**] **مسألة:** المهاجرة [و][٣] المسبية عليها عدة[٤].

/ خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا عدة عليها[٥]. [٥٤]

لأن الفرقة وقعت بينها وبين زوجها بعد الدخول، أشبه امرأة المرتد، والمسلم.

[**١٢٧٥/٧٤**] **مسألة:** في صبي من أهل الذمة أسلمت امرأته، فإنه يعرض

---

(١) رواه البخاري في الحدود: باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ورفعوا إلى الإمام (٦٨٤٠) ٤/ ٢٦٠؛ ومسلم في الحدود: باب رجم اليهود، أهل الذمة في الزنى (١٦٩٩) (٢٦) ٣/ ١٣٢٦.

(٢) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس. انظر: أسد الغابة ٧/ ٢٩٢.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) لم أقف على هذه المسألة عند الحنابلة ووجدت ابن قدامة في المقنع ٣/ ٢٩٢ - ٢٩٣ ينصُّ على وجوب استبراء المسبية. ا هـ. وبه قال ابن القاسم من المالكية، والشافعي انظر: المدونة ٢/ ٢١٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٠٣.

(٥) انظر: فتح القدير ٣/ ٤٢٧، وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٤، وتبيين الحقائق ٢/ ١٧٧.

عليه الإسلام إذا كان يعقل ذلك، فإن أسلم كانا على نكاحهما[(١)].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يعرض عليه[(٢)].

وأصل هذه المسألة أن إسلام الصبي يصح، وعنده ليس بصحيح. وقد دللنا على هذه المسألة فيما تقدم.

[١٢٧٦/٧٥] **مسألة**: إذا كان أحد أبوي الكافر كتابياً، والآخر وثنياً أو ومجوسياً لم تحل مناكحته، ولا أكل ذبيحته سواء كان الأب وثنياً، أو مجوسياً، أو الأم[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تحل مناكحته وأكل ذبيحته[(٤)].

وللشافعي في قوله: إن كان الأب مجوسياً أو وثنياً لم تبح مناكحته وأكل ذبيحته، وإن كانت الأم جاز[(٥)].

لأنه كافر متولد من بين من لا يحل مناكحته وأكل ذبيحته، فلم تحل مناكحته وأكل ذبيحته، دليله: إذا كان الأب والأم مجوسيين، أو وثنيين، (كذلك

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥١٧-٥١٨؛ وفتح القدير ٣/ ٤١٩؛ وملتقي الأبحر ١/ ٢٥٤؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٧٤.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٢٤٠.

(٣) ورجحه النووي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٠٣. ؛ المقنع لابن البنا ٣/ ٩١٠؛ والإنصاف ٨/ ١٣٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٧٩.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٩؛ وفتح القدير ٣/ ٤١٨.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٤٧٩؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٨٨.

إذا)[١] كان الأب مجوسياً والأم نصرانية، ولا يلزم عليه إذا كان أحد الأبوين مسلماً والأخر مجوسياً، أو وثنياً، لأن الولد هناك مسلم.

ولأنه قد اجتمع في هذا الولد معنى التحليل والتحريم، فيجب أن نغلب التحريم، كالولد الخارج من بين الحمار الوحشي والأهلي، ولا يلزم على هذا الولد الخارج من بين مسلم وكافر، لأن الإسلام منع من تغليب التحريم وغلب عليه، وليس ها هنا مانع من تغليب التحريم.

[**١٢٧٧/٧٦**] **مسألة**: الفرق المتعلقة بالدين كلها فسوخ وليست بطلاق[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن أسلمت المرأة وأبى الزوج الإسلام فَرَّقَ القاضي وكان ذلك طلاقاً، وإن ارتد الزوج وقعت الفرقة ولا يكون طلاقاً، وإن أسلم الزوج وأبت امرأته الإسلام لم يكن طلاقاً[٣].

فالخلاف معه في إباء الزوج عن الإسلام.

والدليل على أنه فسخ: أنها فرقة يوجبها اختلاف الدين، فوجب أن يكون ذلك فسخاً، دليله: إذا كان المسلم الزوج.

ولا معنى لقولهم: إن سبب الفرقة كان بسبب من جهة الزوج وهو إباؤه، ومن جهتها وهو إسلامها قبله، لأنها لو لم تسلم لم تقع الفرقة، وكل سبب لو كان

---

(١) في المخطوط: (فإذا كان).

(٢)وبه قال الإمام مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٠؛ والمغني ١٠/ ٦؛ والمدونة ٢/ ٢١٢؛ والأم ٥/ ١٢٨.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٩؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٤.

من جهة الزوج كان فسخاً، فإذا كان من جهة الزوجة كان فسخاً، كالردة، والرضاع، وملك أحد الزوجين للآخر.

[١٢٧٨/٧٧] **مسألة:** وجود الطول إلى الحرة يمنع جواز نكاح الأمة، ولا يتزوج الأمة إلا بشرطين، أحدهما: عدم الطول إلى الحرة. والثاني: خشية العنت، وهو الزنا[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: وجود الطول إلى الحرة لا يمنع جواز نكاح الأمة[٢].

لأنه حر أمن العنت فلا يحل له / نكاح الأمة قياساً على من تحته حرة. أو [٥٥] نقول: حر مُسْتَغْنٍ عن نكاح الأمة فلا يحل له أن يتزوج بها، دليله: ما ذكرنا.

ولأن وجود العين الكاملة عنده إذا منع من الانتقال إلى العين الناقصة، وجب أن يمنع وجود عوضها، أصله: الانتقال من الماء إلى التراب.

وفيه احتراز من وجود المرأة عنده يمنع من له نكاح أختها، ووجود مهرها عنده لا يمنع، لأن أحد العينين ليست ناقصة، فالأخرى كاملة، وكذلك وجود ابنة مخاض[٣] في إبله يمنع من الانتقال إلى ابن لبون[٤]، ووجود عوضها لا يمنع، لأن

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩١٢؛ والمغني ٩/ ٥٥٥؛ والإنصاف ٨/ ١٣٩؛ والمدونة ٢/ ١٦٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤١؛ والمجموع ١٦/ ٢٣٧.

(٢) انظر: ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٧؛ والغرة المنيفة ص ١٤٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤١.

(٣) بنت المخاض هي التي لها سنة ودخلت في الثانية، سميت بذلك لأن أمها قد حملت غالباً، والمخاض الحامل، وليس بشرط، وإنما ذكر تعريفاً بغالب حالها. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٣٠٠.

ابن لبون ليس بناقص من بنت مخاض، فإن فضيلة الأنوثية من بنت مخاض قد خيرت بفضيلة السن من ابن لبون، لأنه أكثر منها بسنة.

[١٢٧٩/٧٨] **مسألة:** ليس للحر أن يتزوج أكثر من أمة إذا أمن العنت[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: له أن يتزوج منهن أربعاً[٢].

لأنه حر أمن العنت فلايجوز له نكاح الأمة، أصله: إذا كانت تحته حرة.

[١٢٨٠/٧٩] **مسألة:** العبد إذا كانت تحته حرة فله أن يتزوج أمة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية[٤].

لأنه عبد متزوج بواحدة، فجاز أن يثنيها ثانية، دليله: إذا كان تحته [أمة][٥] فإن له أن يثنيها بأمة أخرى.

[١٢٨١/٨٠] **مسألة:** إذا تزوج [العبد][٥] حرة وأمة في عقد واحد صح نكاح

---

(٤) ابن اللبون ما أتى عليه سنتان ودخل في الثالثة، فصارت أمه لبونا، أي ذات لبن، لأنها تكون قد حملت حملاً آخر ووضعته. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٤/ ٢٢٨.

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩١٣؛ والمغني ٩/ ٥٦٠؛ والإنصاف ٨/ ١٤٣ ـ ١٤٤؛ والمدونة ٢/ ١٦٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٦؛ والأم ٥/ ١٠؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٩٢.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢١١، وملتقى الأبحر ١/ ٢٤١.

(٣) وهذا هو المذهب عند الحنابلة. وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣١؛ والمغني ٩/ ٥٦٠ ـ ٥٦١؛ والإنصاف ٨/ ١٤٦؛ والمدونة ٢/ ١٦٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٧؛ والأم ٥/ ١٠، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٢.

(٤) في أنه لا يجوز له أن ينكح أمة انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢١١؛ والمغني ٩/ ٥٦١.

(٥) ساقط من المخطوط.

الحرة وبطل نكاح الأمة[١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين، والثانية: يبطل العقد فيهما[٢].

لأنه لو تأخر نكاح الحرة عن نكاح الأمة جاز، فإذا قارن نكاحهما يجب أن يجوز، كما لو كانت الأخرىٰ حرة أجنبية[٣]، وعكسه نكاح الأختين، لو تأخر عن نكاح اختها وأوقعه في الثاني لم يصح، ونكاح الحرة لو تأخر وأوقعه بعده صح.

[١٢٨٢/٨١] **مسألة:** الإستمناء باليد عند خوف العنت، وهو أن لا يكون له زوجة ولا أمة مباح، ومع عدم الخوف محرم[٤].

خلافاً لأكثرهم [في قولهم][٥]: هو محرم في الجملة[٦].

لما روىٰ عبدالله بن أحمد باسناده، عن العلاء بن زياد، عن أبيه قال: كانوا يفعلونه في مغازيهم علىٰ عهد رسول الله ﷺ[٧]. والظاهر أن النبي ﷺ كان يبلغه ذلك فلا ينكره عليهم، لأنه لا يجوز أن يقدموا علىٰ مثل هذا من غير إذنه، وعلىٰ أنه لو لم يبلغه ذلك كان مجرد فعلهم حجة، لأن قوله: «كانوا». إشارة إلىٰ

---

(١) وبه قال الحنفية، وروىٰ عن مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣١؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٣٨٣؛ والمدونة ٢/ ٢٠٠.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٤٧٠ ـ ٤٧١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٣١.

(٣) التعليل الذي ذكره المؤلف يدل علىٰ صحة النكاحين.

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٢.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) منهم الشافعية. انظر: الأم ٥/ ١٠٢؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٣٧.

(٧) لم أقف عليه.

جماعتهم.

وروىٰ إسماعيل الخطبي باسناده، عن ابن عباس أنه سئل عن العزل باليد، فقال ابن عباس: كان المهاجرون يفعلونه في أسفارهم يستعفون به»[١]، وهذا إشارة إلىٰ أعيان الصحابة فدل علىٰ جوازه.

ولأنه استخراج فُضْلَةً من بدنه بآلة يجوز مباشرته بها، أشبه القيء، والحجامة والفصد، ولا يلزم عليه إذا استمنىٰ بيد أجنبية، لأنها آلة لا يجوز مباشرته بها.

وكل يد جاز أن يمس بها فرجه علىٰ الإطلاق جاز أن يستمنىٰ بها، دليله: يد زوجته، وأمته، ولا يلزم عليه / يد الطبيب، لأن تلك لا يمس بها [٥٦] علىٰ الإطلاق، وإنما يمس بها عند الحاجة.

[١٢٨٣/٨٢] **مسألة:** حرام علىٰ الرجل إتيان المرأة في دُبُرهَا[٢].

خلافاً لمالك[٣].

ورأيت هذه المسألة مفردة بخط الطائي حكىٰ فيها كلام محمد بن سحنون أنه قال: لا يرفع ذلك أحد من أهل العلم علمناه إلا من قلب روايته، وحكىٰ كلام مالك.

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٢؛ والمغني ١٠/ ٢٢٦؛ والإنصاف ٨/ ٣٤٨؛ والأم ٥/ ٩٣.

(٣) نص ابن عبد البر المالكي علىٰ تحريم إتيان المرأة في دبرها حيث قال: ولا يأتي امرأة في دبرها حائضاً ولا طاهراً. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٤.

لما روىٰ خزيمة بن ثابت قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن». وفي لفظ آخر: «لا تأتوا النساء في أعجازهن»[1].

وروىٰ عن ابن عباس قال: قال رسول ل الله ﷺ: «لا ينظر الله إلىٰ رجل أتىٰ امرأة في الدبر»[2].

وروىٰ أبوذر قال: قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن إتيان النساء في أعجازهن»[3].

وروىٰ جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «استحيوا فإن الله لا يستحي من الحق لا يحل فَأتىٰ النساء في حشوشهن[4]»[5].

---

(١) رواه الترمذي في الرضاع: باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن، من طريق علي بن طلق (١١٦٦) ٣/ ٤٦٠؛ والنسائي في عشرة النساء: باب ما ذكر اختلاف الناقلين لخبر خزيمة بن ثابت في إتيان النساء في أعجازهن (٨٩٨٣/ ٢) (٨٩٨٦/ ٥) (٨٩٨٧/ ٦). السنن الكبرىٰ ٥/ ٣١٦؛ وابن حبان في صحيحه من طريق علي ابن طلق. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٩/ ٢١٤؛ والطحاوي في النكاح: باب وطء النساء في أدبارهن من طريق خزيمة بن ثابت، ومن طريق أبي هريرة. شرح معاني الآثار ٣/ ٤٤. وقد صحح هذا الحديث الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٦٥.

(٢) رواه الترمذي في الرضاع: باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن (١١٦٥) ٣/ ٤٦٠، وقال: هذا حديث حسن غريب. والنسائي في عشرة النساء: باب ذكر حديث ابن عباس فيه واختلاف ألفاظ الناقلين عليه (٩٠٠١/ ١) (٩٠٠٢/ ٢) السنن الكبرىٰ ٥/ ٣٢٠-٣٢١؛ وابن ماجة في النكاح: باب النهىٰ عن إتيان النساء في أدبارهن (١٩٢٣) ١/ ٦١٩ من طريق أبي هريرة، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٩/ ٥١٧؛ والطحاوي في النكاح: باب وطء النساء أدبارهن. شرح معاني الآثار ٣/ ٤٤. قال البوصيري في مصباح الزجاجة ٢/ ٩٧: «إسناده صحيح ورجاله ثقات» أ. هـ

(٣) سبق تخريجه والحكم عليه قبل قليل في هذه المسألة.

(٤) المراد بحشوشهن: الدبر.

(٥) رواه الدارقطني في النكاح (١٦٠) من طريق جابر ٣/ ٢٨٨؛ وقال الألباني: رواه الطبراني في معجم الأوسط وقد حكم عليه الألباني بالصحة. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة ٥/ ٥٢٤.

ولأنه أذىٰ معتاد فحرم الوطء، كالحيض، وهذا أولىٰ، لأن الحيض عارض يزول، وهذا لا يزول بحال.

[**١٢٨٤/٨٣**] **مسألة:** نكاح الشغار باطل، وهو أن يقول: زوجتك ابنتي علىٰ أن تزوجني ابنتك بغير صداق بينهما(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: النكاح صحيح(٢).

لما روىٰ أبو هريرة قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن الشغار»، والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجني بنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي(٣).

وروىٰ ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهىٰ عن الشغار»، والشغار أن يتزوج الرجل بنت الرجل علىٰ أن يزوجه الآخر بنته وليس بينهما صداق(٤).

ولأن عقد النكاح [بني](٥) علىٰ وجه يقتضي التشريك بين الزوج وبين

(١) وبه قال الجمهور، الحنابلة، المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٠٦-١٠٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٣٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٠؛ والإنصاف ٨/ ١٥٩؛ والمدونة ٢/ ١٣٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٦؛ والأم ٥/ ٨٣؛ وحلية العلماء ٦/ ٣٩٦.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٩٢؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٣٣٣.

(٣) رواه مسلم في النكاح: باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه (١٤١٥) (٦٠) ٢/ ١٠٣٥.

(٤) رواه البخاري في النكاح: باب الشغار (٥١١٢) ٣/ ٣٦٦. ومسلم في النكاح: باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه (١٤١٥) (٥١) ٢/ ١٠٣٤.

(٥) زيادة لم تذكر بالمخطوط.

غيره فلم يصح العقد، كما لو زوج بنته من رجلين، أو قال الرجل: زوجتك بنتي علىٰ أن يكون فلان شريكك في بضعها.

ولأن عقد النكاح حمل علىٰ وجه جعل المستباح فيه [مهراً][١] فلم يصح، دليله: إذا زوج عبده حرة وجعل رقبته صداقها، فإنه لا يصح، لأن استباحة الزوجة من الزوج قد جعل مهراً لها، كذلك ها هنا ما استباحه الزوج من الزوجة جعل مهراً لغيره، فيجب أن لا يصح.

[١٢٨٥/٨٤] **مسألة:** ويكون شغاراً وإن لم يصرح بلفظة التشريك إذا لم يذكر المهر[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون شغاراً حتىٰ يقول: وبضع كل واحدة منهما مهر للأخرىٰ[٣].

لما تقدم من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ «نهىٰ عن الشغار» والشغار أن يتزوج بنت الرجل علىٰ أن يزوجه بنته وليس بينهما صداق. فقد فسر الشغار أن لا يكون هناك ذكر للصداق، وإنما هو أن يشترط كل واحد منهما علىٰ صاحبه أن يزوجه بنته.

ولأن معنىٰ التشريك موجود ها هنا، لأنه «علىٰ» البدل، ولهذا لو قال:

---

(١) بياض بالأصل مقداره كلمة، وقد استدركت ذلك من رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٢.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٣، والمغني ١/ ٤٣، والإنصاف ٨/ ١٥٩، والمدونة ٢/ ١٣٩.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٨٢، والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦١.

أجرتك داري على مائة كان بمثابة / قوله: بمائة. فيحصل بضع الثانية مشتركاً بينه [٥٧] وبين بنته، لأنه يحصل لبنته بإطلاق العقد، وله بالشرط.

ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر، فلم يصح، كما لو قال: بعتك ثوبي بمائة على أن [تبيعني][١] ثوبك بمائة، فإن البيع باطل.

[**١٢٨٦/٨٥**] **مسألة**: نكاح المتعة باطل، وصورته: أن يتزوج الرجل امرأة إلى مدة، فإذا انقضت لم يبق بينهما نكاح سواء كانت المدة معلومة بأن يقول: زوجتك إلى عشرة أيام، أو تكون مجهولة بأن يقول: زوجتك إلى انقضاء الموسم ونحوه[٢].

خلافاً للشيعة في قولهم: يجوز[٣].

لما روي أن علياً قال لابن عباس: إن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر»[٤].

---

(١) في المخطوط (تبيعه).

(٢) أجمع أهل السنة على أن نكاح المتعة باطل. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٠٧ ـ ١٠٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٣٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٢؛ وشرح فتح القدير ٣/ ٢٤٦؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١١٥؛ والمدونة ٢/ ١٦٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٧؛ والأم ٥/ ٨٥ـ٨٦؛ والإفصاح ٢/ ١٣١.

(٣) انظر: النهاية في الفقه والفتاوى للطوسي ص ٤٨٩.

(٤) رواه البخاري في النكاح: باب نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيراً (٥١١٥) ٣/ ٣٣٦؛ ومسلم في النكاح: باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ؛ ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة (١٤٠٧) (٣٠) ٢/ ١٠٢٧.

وروىٰ علي أنه سمع النبي ﷺ ينهىٰ عن متعة النساء ويقول: «هي حرام إلىٰ يوم القيامة»[١].

وروىٰ إياس بن سلمة، عن أبيه أن النبي ﷺ «رخص في متعة النساء عام أوطاس[٢] ثلاثة أيام، ثم نهىٰ عنها»[٣].

ولأن الأحكام المختصة بالنكاح من الطلاق، والظهار؛ واللعان، والتوارث وغير ذلك لا تتعلق بهذا النكاح، فلو كان صحيحاً لتعلق به ذلك.

[١٢٨٧/٨٦] **مسألة:** إذا تزوج امرأة وشرط أنه إذا أحلها للأول فلا نكاح له عليها، فالنكاح فاسد، وكذلك إذا تزوجها علىٰ أنه إذا أحلها للأول طلقها لم يصح النكاح[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: النكاح صحيح والشرط باطل[٥].

وللشافعي في قوله: إن قال: تزوجتك علىٰ أني متىٰ أحللتك للأول فلا نكاح

(١) رواه مسلم في النكاح: باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح، ثم نسخ، ثم أبيح، ثم نسخ واستقر تحريمه إلىٰ يوم القيامة (١٤٠٦) (٢١) ٢/ ١٠٢٥.

(٢) قال أبو عبيد البكري في معجم ما استعجم ١/ ٢١٢: «أوطاس: بفتح أوله، وبالطاء والسين المهملتين: واد في هوازن. زاد ياقوت في معجم البلدان ١/ ٢٨١: فيه وقعة حنين للنبي ﷺ ببني هوازن. وهذه الغزوة وقعت بعد فتح مكة وقبل غزوة حنين سنة ثمان من الهجرة.

(٣) رواه مسلم في النكاح: باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح، ثم نسخ، ثم أبيح، ثم نسخ واستقر تحريمه إلىٰ يوم القيامة (١٤٠٤)(١٨) ٢/ ١٠٢٣.

(٤) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٢؛ المغني ١٠/ ٥١؛ الإنصاف ٨/ ١٦١، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٧.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٢/ ١١٥؛ وفتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٣١.

بيننا فالنكاح باطل، وإن قال: تزوجتك على أني أطلقك إذا أحللتك. على قولين[١].

لما روى أبوهريرة عن النبي ﷺ «أنه لعن المحلل والمحلل له»[٢].

وروى عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار!». قالوا: بلى يارسول الله. قال: «هو المحلل. لعن الله المحل والمحلل له»[٣].

ولأنه نكاح إلى مدة، أشبه نكاح المتعة، وهو إذا تزوج بها عشرة أيام أو شهراً، ولا يلزم عليه إذا تزوجها إلى الممات، لأن تلك غايته.

[١٢٨٨/٨٧] **مسألة:** فإن تزوجها واعتقد طلاقها في وقت بعينه، أو اعتقد تحليلها للزوج الأول فالنكاح باطل[٤].

---

(١) أحدهما: يبطل النكاح. والثاني: أنه لا يبطل. انظر: الأم ٥/ ٨٦؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦١.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في النكاح: في الرجل يطلق امرأة فيتزوجها رجل ليحلها له. المصنف ٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٦؛ وابن الجارود في النكاح (٦٨٤). المنتقى ص ١٧٢؛ والبيهقي في النكاح: باب نكاح المحلل ٧/ ٢٠٨؛ الجميع من طريق أبي هريرة. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٣٠٧.

(٣) رواه ابن ماجة في النكاح: باب المحلل والمحلل له، (١٩٣٦) ١/ ٦٢٢؛ والحاكم في الطلاق (٢٨٠٤/ ١٣)، وقال هذا حديث صحيح. ووافقه الذهبي في التلخيص بهامش المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢١٧؛ والدارقطني في النكاح: باب المهر (٢٨) ٣/ ٢٥١؛ والبيهقي في النكاح: باب ما جاء في نكاح المحلل. السنن الكبرى ٧/ ٢٠٨. وقد حسن هذا الحديث شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى في كتابه «بيان الدليل على بطلان التحليل» ص ٣٩٩.

(٤) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٣٤؛ والمغني ١٠/ ١٥؛ والإنصاف ٨/ ١٦١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٣٧.

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يبطل[١].

لما روىٰ ابن عباس عن النبي ﷺ أنه سئل عن نكاح المحلل. فقال: «لا نكاح إلا نكاح رغبة»[٢].

ولأن اسم المحلل يقع علىٰ من اعتقد، لأن اشتقاقه من الإحلال، وذلك يحصل إذا لم يعتقد الإحلال أولىٰ أن يحصل مع الاعتقاد، وظاهر هذا أنه لا يصح نكاح من اعتقد طلاقها، لأنه ليس براغب.

ولأنه عقد غير مقصود في نفسه، والقصد معتبر في العقود، ألا ترىٰ أن المكره علىٰ العقد لا ينعقد لعدم قصده، ولا يلزم عليه بيع التلجئة[٣] أنه لا يصح عندنا / [٥٨] لهذه العلة.

ولأن النية تعين حكم العقد بالشرط، بدليل: الوكيل إذا نوىٰ بالشراء لموكله كان بمثابة الشرط، ويفارق هذا إذا تزوجها واعتقد نكاح الشغار، وهو أن يزوجه وليته في مقابلة تزويجه وليته، أو اعتقد أنه بالخيار ثلاثاً، أو اعتقد أن لا يطأها ولا ينفق عليها، لأن العقد مقصود هناك.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٢/ ١١٥-١١٦؛ والأم ٥/ ٨٦؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦١.

(٢) رواه الحاكم في الطلاق (٢٨٠٦/ ١٥) موقوفاً علىٰ ابن عمر. وقال: حديث صحيح. وقال الذهبي في التلخيص: علىٰ شرط البخاري ومسلم. انظر: التلخيص بهامش المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ٢١٧. والبيهقي في النكاح: باب ماجاء في نكاح المحلل. موقوفاً علىٰ عثمان وابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ السنن الكبرىٰ ٧/ ٢٠٨-٢٠٩.

(٣) بيع التلجئة: أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطئ رجلاً علىٰ أن يظهرا أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعاً حقيقياً. انظر: المغني ٦/ ٣٠٨.

[١٢٨٩/٨٨] **مسألة:** شرط الخيار في النكاح يبطله[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يبطل النكاح[٢].

لأن النكاح مما لا يدخله الخيار، وهو مما يدخله الفسخ، فشرطه فيه يبطله، كالصرف[٣]، والسلم[٤]، ولا يلزم عليه البيع، لأنه مما يدخله الخيار، ولا يلزم عليه العتق، والطلاق، (لأنه)[٥] مما لا يلحقه الفسخ.

ولأن الخيار يبقي الإباحة في وقت يقتضي إطلاق العقد ثبوته، فصار كما لو تزوجها شهراً.

[١٢٩٠/٨٩] **مسألة:** إذا شرطت عليه في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرىٰ، ولا يسافر بها، ولا ينقلها من دارها، ونحو ذلك فهو شرط لازم، ومتىٰ لم يف به ملكت الخيار في الفسخ[٦].

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٤؛ والمغني ٩/ ٦٤؛ والإنصاف ٨/ ١٦٦، والمدونة ٢/ ١٥٩؛ والأم ٥/ ٨٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٩٠.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٩٣؛ والمبسوط ٥/ ٩٤.

(٣) الصرف لغة بمعنىٰ الفضل والنقل، وإنما سمىٰ بيع الأثمان صرفاً: إما لأن الغالب علىٰ عاقده طلب الفضل والزيادة، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد إلىٰ يد في مجلس العقد. انظر: أنيس الفقهاء ص ٢٢١.

(٤) السَّلَمُ: لغة السلَفْ، وهو في الشرع: أن يسلم عينا حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلىٰ أجل. انظر: أنيس الفقهاء ص ٢١٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٨٦.

(٥) في المخطوط (ولأنه).

(٦) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٩؛ والمغني ٩/ ٤٨٣؛ والإنصاف ٨/ ١٥٥.

خلافاً لأكثرهم: أن الشرط باطل ولا يلزم الوفاء به[(١)].

لما روىٰ عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «أحق الشروط أن يوفىٰ به ما استحللتم به الفروج»[(٢)].

ورُوِيَ أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد أن ينقلها فخاصموه إلىٰ عمر بن الخطاب. فقال: لها شرطها»[(٣)].

ورُوِيَ أن سعد بن أبي وقاص أنكح ابنته رجلاً وشرط عليه أن لا يخرجها من مصرها[(٤)]، فبدا لزوجها أن يخرج إلىٰ الشام، فأخبر سعد، فأرسل إليه، فقال: إنك لا تقدر لها علىٰ الخروج وقد اشترطت عليك ذلك»[(٥)].

ورُوِيَ أن معاوية استشار عمرو بن العاص في امرأة نكحت وشرطت عند عقده النكاح أن دارك داري لا تخرج بي من أرضي. فقال عمرو: أرىٰ أن لها شرطها»[(٦)].

---

(١) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: فتح القدير ٣/ ٣٥١؛ والموطأ ٢/ ٥٣٠؛ والمدونة ٢/ ١٦٠؛ والأم ٥/ ٧٩.

(٢) رواه البخاري في النكاح: باب الشروط في النكاح، (٢١٥١) ٣/ ٣٧٥؛ ومسلم في النكاح: باب الوفاء بالشروط في النكاح (١٤١٨) (٦٣) ٢/ ١٠٣٥.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في النكاح: في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها، المصنف ٤/ ١٩٩-٢٠٠؛ وسعيد بن منصور في السنن في باب ما جاء الشرط في النكاح (٦٦٢) ص ٢١١؛ والبيهقي في الصداق: باب الشروط في النكاح. السنن الكبرىٰ ٧/ ٢٤٩. الجميع من طريق عبدالرحمن بن غنم، عن عمر. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٣٠٣.

(٤) المصر: البلد المعروفة. انظر: مختار الصحاح مادة «مصر».

(٥) لم أقف عليه.

(٦) رواه بن أبي شيبة في النكاح: في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها. المصنف ٤/ ٢٠٠؛ وسعيد بن منصور في السنن باب ما جاء في الشرط في النكاح (٦٦٤) ص ٢١٢؛ والبيهقي في الصداق: باب الشروط في النكاح. السنن الكبرىٰ ٧/ ٢٥٠.

ولأنها شرطت عليه شرطاً لا يمنع المقصود بعقد النكاح ولها منفعة يلزم الوفاء به، كما لو شرطت عليه [زيادة في المهر](١) من غير [نقد](٢) هذا البلد.

ولأنه عقد على المنفعة إطلاقه يقتضي المسافرة، فإذا شرط قطعها صح الشرط، دليله: عقد الإجارة، لو استأجر [ ](٢)، عبداً مطلقاً اقتضى إطلاقه جواز المسافرة، فلو شرط عليه حال العقد ترك المسافرة صح ولزم.

[١٢٩١/٩٠] **مسألة:** فإن تزوجها على أن لا مهر لها عليه فالنكاح صحيح، والشرط باطل(٣).

خلافاً لمالك في قوله: النكاح باطل(٤).

لأنه عقد لا يبطله جهالة البدل، أو عقد يصح من غير البدل، فإذا شرط فيه نفي البدل لم يبطله، دليله: نكاح النبي ﷺ(٥).

---

(١) كلمات ساقطة من المخطوط. انظر: المغني ٩/ ٤٨٥.

(٢) ما بين القوسين لم يتضح في الأصل ومقداره كلمة.

(٣) قال به الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٥؛ والإنصاف ٨/ ١٦٥؛ و فتح القدير ٣/ ٣١٧؛ والغرة المنيفة ص ١٤٩؛ والأم ٥/ ٧٤.

(٤) هذا إن لم يدخل بها، فإن دخل بها كان لها صداق مثلها ويثبتان على نكاحهما هذا هو قول مالك انظر: المدونة ٢/ ١٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٥٢.

(٥) حيث حلت للنبي ﷺ من وهبت نفسها له لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالاتِكَ اللاَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

[١٢٩٢/٩١] **مسألة:** يثبت الخيار في فسخ النكاح لوجود العيب في الزوجين معاً، كالجنون، والجذام، والبرص، والقرن، والرتق والجب / ، والعنة[(١)(٢)]. [٥٩]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يثبت إلا في الجب، والعنة[(٣)].

لأن الرتق عيب يمنع معه المقصود من الاستمتاع، فوجب أن يثبت به الخيار، كالجب، والعنة إذا وجدا بالزوج، ولا يلزم عليه إذا تزوج بصغيرة لا يمكن وطئها، لأنا قلنا: «عيب» والصغر ليس بعيب.

---

(١) العيوب ثلاثة أقسام:

الأول: العيوب المشتركة بين الرجال والنساء وهي:

١ـ البرص: داء معروف، على هيئة بياض يصيب جلد الإنسان.

٢ـ الجذام: علة صعبة يحمر منها العضو، ثم يسود، ثم ينقطع ويتناثر.

٣ـ الجنون: استتار العقل، وهو معروف.

الثاني: العيوب المختصة بالرجال وهي:

١ـ الجَبُّ ـ بفتح الجيم وتشديد الباء ـ: القطع، ومنه: المجبوب الخصي الذي استوصل ذكره وخصياه.

٢ـ العُنَّة: بضم العين وتشديد النون: من العنين، وهو الذي لايقدر على إتيان النساء.

الثالث: العيوب المختصة بالنساء وهي:

١ـ الرَتَق: ـ بفتح التاء ـ: انسداد محل الجماع باللحم.

٢ـ القرن: عظم في الفرج يمنع الجماع. وقيل: لحم ينبت في الفرج.

فجملة هذه العيوب سبعة، ويمكن في حق كل واحد من الزوجين خمسة.

انظر: المغرب، المصباح، المعجم الوسيط، مادة (برص، جذم، جنن، جبب، عنن، رتق، قرن».

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٣٩٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٣؛ والمغني ١٠/ ٥٦؛ والإنصاف ٨/ ١٩٤ـ١٩٥؛ والمدونة ٢/ ١٦٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٦؛ والأم ٥/ ٩٠ـ٩١.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٩٥؛ والغرة المنيفة ص ١٤٨.

ولأن الصداق يجب رده بالعيب، وكل عوض جاز رده العيب جاز رد ما في مقابلته إذا لم يرض به، أصله: الثمن والمثمن، ولا يلزم عليه الخلع، والعتق على مال أنه يجوز رد العوض الذي في مقابلة الخلع، والطلاق، والعتاق بالعيب، ولا يجوز رد العوض الذي هو الزوجية، والعبد المعتق بالعيب لوجهين، أحدهما: أن العوض هناك في مقابلة العتق والطلاق وذلك مما لا يلحقه عيب. والثاني: أنا قلنا: «إذا لم يرض به» فالمرأة والعبد دخلا مع العلم بعيب أنفسهما، فالرضا قد حصل بهما بذلك.

[١٢٩٣/٩٢] **مسألة:** والفَتْقُ عيب يوجب الفسخ، وهو اختلاط السبيلين[(١)].

خلافاً للشافعي[(٢)].

لأنه يمنع كمال الاستمتاع، لأن الذكر قد يسبق إلى الدبر عند اختلاط السبيلين فلا يتمكن من الوطء في القبل، فوجب أن يثبت الفسخ كالرتق.

[١٢٩٤/٩٣] **مسألة:** فإن حدث بأحد الزوجين بعد النكاح عيب يوجب الفسخ لم يثبت الخيار على قول أبي بكر[(٣)].

خلافاً للشافعي في قوله: يثبت[(٤)].

---

(١) وبه قال الإمام مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٦؛ والمغني ١٠/ ٥٧؛ والإنصاف ٨/ ١٩٣-١٩٤؛ والمدونة ٢/ ١٦٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥١٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٠٣.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٦؛ والمغني ١٠/ ٦٠؛ والإنصاف ٨/ ٢٠٥.

(٤) وبه قال مالك. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥١٤؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٠٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٦.

لأن البضع في حكم المقبوض، بدليل: أن البدل يستقر بالموت وإن لم يحصل من جهتها تسليم، وكذلك نصف الصداق يستقر بالطلاق قبل الدخول، ومعلوم أن الطلاق قبل الدخول يجري مجرىٰ الإقالة، والإقالة توجب رد جميع العوض، وإذا كان في حكم المقبوض لم يوجب الفسخ، كالمبيع إذا حدث به عيب بعد القبض.

ولأن العيب جارٍ مجرىٰ فقد الكفاءة، لأن كل واحد منهما يُثبت الفسخ، ثم ثبت أن فقد الكفاءة في الثاني وهو عدم الدين، واليسار، والصناعة لا يوجب الفسخ عندهم، كذلك العيوب.

[**١٢٩٥/٩٤**] **مسألة:** إذا ظهر علىٰ عيب بالمرأة بعد الدخول فبعد غرمه المهر رجع به علىٰ الولي[1].

خلافاً للشافعي في الجديد: من أنه لا يرجع[2].

لأن الولي غَرَّه حيث لم يعلمه فأتلف عليه المهر فغرم كالشهود عند الحاكم إذا رجعوا غرموا، لأنهم صاروا سبباً في إتلاف المال، وكذلك الولي.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه قد حصل له عوض المهر وهو الوطء فلم يرجع، لأنها لو كانت هي الغارَّة رجع، وإن كان العوض قد حصل، وكذلك إذا غرم المغرور / [٦٠] قيمة الأولاد رجع علىٰ من غَرَّه، وإن كان قد حصل عوض وهو الميراث بالولاد،

---

(١) وبه قال مالك. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٤؛ والمغني ١٠/ ٦٤؛ الإنصاف ٨/ ٢٠٢-٢٠٣؛ والمدونة ٢/ ١٩٦.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥١٦؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٠٥.

ونفي الرق عن ولده، وعلىٰ أن المهر ليس في مقابلة الوطأة الأولىٰ وإنما هو في مقابلة جميع الوطآت، وإنما يستقر المهر بوطأة واحدة.

[**١٢٩٦/٩٥**] **مسألة:** إذا أعتقت الأمة تحت حر لم يثبت لها الخيار في فسخ النكاح[1].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يثبت[2].

لأنها ساوته في الفضيلة والكمال فلم يثبت لها الخيار لأجل ذلك، دليله: إذا أسلمت تحت مسلم، أو بلغت تحت بالغ، ولا يلزم عليه: إذا أعتقت تحت عبد، لأنها فضلته في الكمال.

ولا معنىٰ لقولهم: إنا نقول بموجبه، وإنما لم تملك مساواته، وإنما ملكت بدل بضعها، وذلك أن ملك بدل البضع لا يثبت الخيار، كما لو زوج أمته ثم كاتبها مولاها فإنما تملك بدل بضعها، ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها دون مولاها، ثم لا خيار لها.

ولأن الخيار إنما يثبت لأجل الزوجين بمعنىٰ يكون في صاحبه، وهو كالجب، والعنة، والرتق، وغير ذلك، ولا يثبت الخيار لمعنىٰ فيه، ألا ترىٰ الزوج إذا جُبَّ، أو عُنَّ لم يثبت لأجله خيار، وإنما يثبت الخيار لزوجته، كذلك أيضاً الحرية الحادثة

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٧؛ والمغني ١٠/ ٦٩؛ والإنصاف ٨/ ١٧٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥٣؛ والأم ٥/ ١٣١.

(٢) انظر: كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٨٠؛ وفتح القدير ٣/ ٤٠٧؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٥٣.

في الأمة لا يجوز أن تكون سبباً في إثبات الخيار لها وإنما يثبت الخيار لها لنقص زوجها بالرق، وبهذا المعنى إذا كان حراً.

[١٢٩٧/٩٦] **مسألة:** إذا أعتقت تحت عبد فلها الخيار في الفسخ على التراخي إلى أن تمكنه من وطئها[1].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: إنه على الفور[2].

لأنه قد وجد منها الخيار قبل الرضا به وما يدل على الرضا والزوج عبد فصح، كما لو اختارته عقيب العتق، وتزوج المشرك بأربع إماء، ثم أسلمن وأعتقن والعبد مقيم على الكفر فلهن الخيار على التراخي، ولا يبطل بسكوتهن، وكذلك إذا كان الزوج عبداً فطلق طلقتين رجعية فأعتقت في مدة العدة، فأخرت الاختيار إلى آخر العدة جاز، كذلك ها هنا.

ولا معنى لقولهم: إنها إذا أعتقت تحت كافر لها جهة تنتظر بها ووقوع الفرقة، وهو أن لا يسلم الزوج حتى تنقضي العدة فتقع البينونة باختلاف الدين، وكذلك إذا أعتقت وهي في العدة تنتظر وقوع الفرقة بانقضاء العدة، لأن هذا يبطل به إذا ابتاع سلعة بشرط الخيار ثم ظهر على عيب فأخر المطالبة سقط حقها من الفسخ عندهم، وإن كان لها جهة في الفسخ / وكذلك إذا قال لها: إذا أهل الهلال فأنت طالق ثلاثاً، ثم أعتقت فإن [٦١] خيارها على الفور عندهم، وإن كان لها جهة في الفسخ.

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، وقول للشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١١٠؛ ورؤوس المسائل ٩٣٧/٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٤؛ والمغني ١٠/ ٦٨-٧١؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٩٦؛ وملتقى الأبحر ٢٥٣/١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥٣.؛ وروضة الطالبين ٥٢٧/٥.

(٢) هذا هو أظهر القولين عند الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥٢٧؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢١٠.

ولأنه خيار لرفع ضرر متحقق فكان على التراخي، دليله: خيار القصاص، وحد القذف، وعكسه خيار الشفعة، والتخبره، وخيار المجلس، وخيار الشرط، لأن ضرره غير متحقق، ولا يلزم عليه نفي النسب، لأنه لا خيار فيه إذا علم أنه من زنا، ولا يلزم عليه: خيار الرد بالعيب، لأنه على التراخي[1].

[١٢٩٨/٩٧] **مسألة:** فإن لم تختر نفسها حتى أعتق الزوج بطل خيارها[2].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يسقطه[3].

لأنه إنما ثبت لها الخيار لما عليها من الضرر بفقد الكفاءة، وهذا المعنى قد زال لحرية الزوج، فيجب أن يزول خيارها، كما لو ابتاع سلعة فظهر على عيب فقبل أن ترد زال العيب سقط حقه، وكذلك لو وجد بها جنون، أو جذام ثم زال قبل أن يختار.

[١٢٩٩/٩٨] **مسألة:** إذا طلق العبد امرأته الأمة تطليقة رجعية، ثم أعتقت وهي في العدة فاختارت المقام مع زوجها صح اختيارها المقام مع زوجها[4].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يصح[5].

---

(١) انظر: المغني ٦/ ٢٢٦.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٢٥؛ والمغني ١٠/ ٧١؛ والإنصاف ٨/ ١٧٧ـ١٧٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٠، والتفريع ٢/ ١٠٤.

(٣) وذهب الحنفية إلى ثبوت الخيار سواء كان زوجها حراً أو عبداً إذا أعتقت انظر: المجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٩٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٢٥، وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٣.

(٤) وبه قال الحنفية، والمالكية، انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٨؛ والمغني ١٠/ ٧٧؛ والإنصاف ٨/ ٢٨٢، والفتاوى الهندية ١/ ٣٣٥، والتفريع ٢/ ١٠٤.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥٢٦؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٢٩٣.

لأن كل حالة يجوز فيها اختيار الفسخ وجب أن يجوز اختيار المقام، دليله: حالة الزوجية. ولا معنىٰ لقولهم إن اختيارها الفسخ موافق لصفتها، واختيارها الزوجية يخالف صفتها، لأن هذا يبطل به إذا قال: إذا أهل الهلال فأنت طالق ثلاثاً، ثم أعتقت فاختارت زوجها صح وإن كان خيارها غير موافق عتقها.

[١٣٠٠/٩٩] **مسألة:** إذا أصابت المرأة زوجها عنيناً أجل سنة[١].

وحكي عن داود: لا يؤجل، ولا يفسخ[٢].

لقوله تعالىٰ: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[٣] ومن الإمساك بالمعروف الجماع، فإذا عجز عنه وجب أن يسرح بإحسان لتتوصل هي إلىٰ طلب الوطء والنسل.

[١٣٠١/١٠٠] **مسألة:** إذا أجل سنة فادعىٰ الزوج أنه قد أصابها فيها وأنكرت الزوجة اعتبر صدقه بنطفته، وهو أن يخلىٰ معها في بيت ويقال له: أخرج ماءك علىٰ شيء، فإن أخرجه فالقول قول الزوج[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، والثانية: القول قول الزوج من غير

(١) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/٩٣٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/٩٢٧؛ والمغني ١٠/٨٣؛ والإنصاف ٨/١٨٦؛ وملتقى الأبحر ١/٢٨٨؛ والمدونة ٢/١٦٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/٤٦٥؛ والأم ٥/٤٢ـ٤٣.

(٢) انظر: المحلىٰ ١٠/٥٨.

(٣) البقرة (٢٢٩).

(٤) رجحه ابن قدامة. انظر: الروايتين والوجهين ٢/١١١ـ١١٢؛ ورؤوس المسائل ٣/٩٣٩؛ والمغني ١٠/٩٣ـ٩٤ والإنصاف ٨/١٩٠ـ١٩١.

اعتبار[(١)] [(٢)].

لأن ذلك مما يستدل به على صدق الزوج وكذبه، لأن العنين يضعف عن الإنزال، فإذا أنزل شيئاً تبينا أنه كان صادقاً في دعواه، فهو كما لو شهد القوابل أنها عذراء حكمنا بصحة قولهم، فكما لو ادعت الحمل فأنكره، وشهد القوابل به، وكما لو تداعيا نسباً وألحقه القوابل بأحدهما.

ولا معنى لقولهم: العنين ينزل، لأنه ينزل من غير انتشار، ونادر أن ينزل بانتشار، وحقها / في الوطء لا يحصل إلا عن انتشار. [٦٢]

(١) نظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٦-٣٠٧؛ وفتح القدير ٤/ ٣٠١-٣٠٢؛ والمدونة ٢/ ١٩٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١١١-١١٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٣٩؛ والإنصاف ٨/ ١٩٠-١٩١.

(٢) قال الشافعي في الأم ٥/ ٤٣: «ولو أجل العنين فاختلفا في الإصابة فقال: أصبتها. وقالت: لم يصبني. فإن كانت ثيباً فالقول قوله، لأنها تريد فسخ نكاحه وعليه اليمين، فإن حلف فهي امرأته، وإن نكل لم يفرق بينهما حتى تحلف أنه ما أصابها فإن حلفت خيرته، وإن لم تحلف فهي امرأته، ولو كانت بكراً أريها أربع نسوة عدول، فإن قلن هي بكر فذلك دليل صدقها أنه لم يصبها وإن شاء الزوج حلفت هي ما أصابها ثم فرق بينهما، فإن لم تحلف حلف هو لقد أصابها ثم أقام معها ولم تخير هي» أ. هـ.

كتاب الصداق[١]

[١٣٠٢/١] **مسألة:** النكاح لا يفسد بفساد المهر[٢].

خلافاً لمالك في قوله: يفسد[٣].

لأن فساد المهر لا يوجب فساد النكاح، دليله: أن يزوجها على دراهم مغصوبة، وافق على ذلك، كذلك إذا تزوجها على خمر أو خنزير.

ولأن النكاح والمهر قد ينفرد كل واحد منهما عن صاحبه، بدليل: أنه قد يعقد النكاح مجرداً عن المهر فيصح، ثم يعرض المهر بعده بعقد ثان، وإذا كانا عقدين فإذا فسد أحدهما لم يعترض الفساد على الآخر، كما لو باعه شيئاً ورهنه شيئاً، فاعترض الفساد أحد العقدين فإنه لا يؤثر في صاحبه كذلك ها هنا.

[١٣٠٣/٢] **مسألة:** ليس لأقل الصداق حد فكل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن

---

(١) الصداق: فيه خمس لغات. صَدَاق بفتح «الصاد»، وصِدَاق بكسرها، صَدُقة بفتح «الصاد» وضم «الدال» وصُدْقَة وصَدْقَة بسكون «الدال» فيهما، مع ضم «الصاد» وفتحها.

وهو: «العوض المسمى في العقد وما قام مقامه»، وله تسعة أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والنِّحلَةُ، والفَريضة، والأجْر، والعُقْر، الحِبَاءُ، والعلائِق. انظر: المغني ١٠/ ٩٧؛ والدرالنقي ٢/ ٦٤٧ـ٦٤٨؛ وأنيس الفقهاء ص١٥٠.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٣٩؛ والمغني ١٠/ ١١٦؛ والإنصاف ٨/ ٢٤٥؛ وفتح القدير ٣/ ٣٥٨؛ وبدائع الصنائع ٢/ ٢٧٩؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٨٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/٣٢٩.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥٧.

يكون صداقاً[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يتقدر بما يقطع فيه السارق[٢].

لما روىٰ عبدالرحمن بن أبي لبينة، [عن أبيه][٣] عن جده، عن النبي ﷺ قال: «من استحل بدرهمين فقد استحل»[٤].

ولأن ما جاز أن يكون ثمناً في بيع أو أجرة في عقد إجارة أو عوضاً في خلع، أو عقد كتابة جاز أن يكون مهراً، دليله: العشرة دراهم.

ولأن ما دون العشرة لو لم يصح أن يكون مهراً لكان إذا سمىٰ في العقد أن يسقط ويجب مهر المثل، كالخمر، والخنزير، فلما ثبت عندهم وكمل العشرة ثبت أنه مهر صحيح.

[**١٣٠٤/٣**] **مسألة:** منافع الحر يجوز أن تكون صداقاً، نحو أن يتزوجها علىٰ

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٣؛ والإنصاف ٨/ ٢٢٩؛ والأم ٥/ ٦٤؛ وحلية العلماء ٦/ ٤٤٤؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٢٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٣/ ٣١٧؛ وبدائع الصنائع ٢/ ٢٧٥؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٣٩٩؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٤٧؛ والمدونة ٢/ ١٧٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٢؛ وكتاب القبس ٢/ ٦٩٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٨.

(٣) ساقط من المخطوط وأثبته من السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/ ٢٣٨.

(٤) رواه البيهقي في الصداق: باب ما يجوز أن يكون مهرا. من طريق أبي بكر بن الحارث أنبأ أبومحمد بن حيان الأصبهاني، ثنا عبدالله بن محمد بن عبدالله بن رسته، ثنا سعيد بن عنبسه، ثنا وكيع، ثنا يحيىٰ بن عبدالرحمن بن أبي لبيبة، عن أبيه، عن جده، عن رسول الله ـ ﷺ ـ فذكره. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/ ٢٣٨. قال ابن التركماني في الجوهر النقي بهامش السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/ ٢٣٨: ذكر الطحاوي في أحكام القرآن هذا الحديث ثم قال: هذا الإسناد لا يقطع به أهل الرواية. اهـ.

أن يخيط لها هذا الثوب، أو على ثوب موصوف، أو خائط موصوف[١].

خلافاً لأبي حنيفة، في قوله: لا يصح أن يكون مهراً[٢].

لأنها منفعة يجوز إجارتها، فجاز أن تجعل صداقا. أصله: منفعة العبد، وكل عقد يجوز على منفعة العبد جاز على منفعة الحر، دليله: عقد الإجارة، وكل ما جاز أن يستحق بعقد الإجارة جاز أن يستحق بعقد النكاح، كالمال.

[١٣٠٥/٤] **مسألة:** تعليم القرآن لا يجوز أن يكون مهراً، ولها مهر مثلها[٣].

خلافاً للشافعي، والثانية: يجوز ذلك[٤].

لأن تعليم القرآن من شرطه أن يكون قربة لفاعله، فلم تصح المعاوضة عليه، دليله: إذا استأجر قوماً يصلون معه الجمعة، والتراويح، والفرائض، فإن منعوا الوصف دللنا على صحته بأنه لو لم يكن تعليمه وتلاوته قربة لفاعله لوجب أن لا يمنع من ذلك الجنب، والحائض.

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١١٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٠؛ والمغني ١٠/ ١٠٣؛ والإنصاف ٨/ ٢٢٩-٢٣٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢١؛ والأم ٥/ ٦٤؛ والمجموع التكملة الثانية ١٣/ ٣٢٨.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٠٠؛ وفتح القدير ٣/ ٣٣٩؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٨.

(٣)) هذا هو المذهب عند الحنابلة. وبه قال الجمهور الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١١٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٠؛ والمغني ١٠/ ١٠٣؛ والإنصاف ٨/ ٢٣٤؛ وفتح القدير ٣/ ٣٣٩؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٨ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٠٩؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٠٩.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٦٤؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٢٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٢٤؛ والمغني ١٠/ ١٠٣.

ولأن الكافر إذا لم يعتقد بتعليمه وتلاوته قربة حصل مستهزئاً به، / فيجب أن [٦٣] يمنع منه، كما منع من المسافرة بالمصحف إلىٰ ديارهم[١] لئلا يستهزئوا به ويستحلوا حرمته.

[١٣٠٦/٥] **مسألة:** تملك المرأة جميع المهر بالنكاح وما يحدث فيه من النماء فهو لها (فإن)[٢] طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء منه[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن حدث النماء وهو في يد الزوج دخل في العقد وصار مهراً، وإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه، ونصف المسمىٰ، وإن حدث وهو في يدها لم يرجع بنصف النماء[٤].

وخلافاً لمالك في قوله: يملك نصفه بالعقد ويكون علىٰ ملك الزوج وما يحدث من النماء بينهما، فإذا دخل بها استقر ملكها علىٰ جميعه[٥].

فالدلالة علىٰ مالك: أن الزوج يملك البضع بالنكاح، فوجب أن تملك المرأة ما في مقابلته من المهر، كالمتبايعين.

والدلالة علىٰ أبي حنيفة: أنه نماء حادث علىٰ ملك الزوجة، فوجب ألا

---

(١) لقوله ﷺ « لا تسافروا بالقرآن إلىٰ أرض العدو » رواه البخاري في كتاب الجهاد ٤/ ٦٨.

(٢) في المخطوط (قبل).

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤١؛ والإنصاف ٨/ ٢٦١؛ والأم ٥/ ٦٤-٦٥؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٥٣-٣٥٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٩٩-٣٠٠.

(٥) انظر: المدونة ٢/ ١٧٥-١٧٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٥.

يستحق الزوج شيئاً منه. أو نقول: فوجب أن لا يتنصف بالطلاق، أصله: إذا تولدت في يد المرأة، والكسب الذي حدث في يده، فإنه لا يرجع بشيء من ذلك.

[١٣٠٧/٦] **مسألة:** إذا تزوج امرأة على جارية، ودفعها إليها، فولدت في يدها، أو غنماً، ثم طلقها قبل الدخول أخذ نصف الجارية وسلم الولد للمرأة[١][٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا سبيل له عليها ولا على ولدها ويضمنها نصف قيمتها يوم قبضها[٣].

لأنه نماء حادث في ملك الزوجة فلم يمنع من الرجوع بالأصل، دليله: إذا حدث في يد الزوج، وأصله الكسب، ولا يلزم عليه النماء المنفصل، لأنه يستوي فيه الأصل والفرع، لأنه لو حدث النماء المنفصل في يد الزوج منع الرجوع، وإن شئت قلت: نماء منفصل حادث على ملك الزوجة، وكل عقد لا يمنع وجود الكسب فيه من الرجوع في الأصل لا يمنع وجود النماء المنفصل، دليله: الهبة.

[١٧٠٨/٧] **مسألة:** إذا تلف الصداق قبل قبضه وجب الرجوع إلى قيمته،

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٢؛ والإنصاف ٨/ ٢٦٩؛ والأم ٥/ ٦٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦١٤.

(٢) رأي الإمام مالك في هذا المسألة: أن المرأة والزوج شريكان في النماء والنقصان والولادة. انظر: المدونة ٢/ ١٧٥-١٧٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٩٩.

وكذلك إن تزوجها على عبد فأبق، أو خرج حراً[١].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: يرجع إلى مهر المثل[٢].

وإنما يصح هذا على أصلنا إذا كان الصداق غير متعين (كالقفيز)[٣][٤] من صبرة معينة، أو عشرين رطلاً تمراً من قوصرة[٥].

لأن كل عين يجب تسليمها مع وجودها، فإذا تلفت من غير أن يبطل سبب استحقاقها فإن الذي يجب بدلها، كالمغصوب، والقرض، والعارية، وعكسه تلف أحد العوضين في المبيع، لأن ذلك يبطل سبب استحقاقها، وهو عقد المبيع.

ولأن إيجاب بدل الصداق أولى من مهر المثل لوجهين، أحدهما: أن الصداق كانا قد تراضيا عليه حال العقد وبدله قريب منه.

والثاني: أن المقصود بعقد النكاح الوصلة والإلفة بين الزوجين / وفي إيجاب [٦٤] بدل الصداق ما يعود بمصلحة المقصود، وفي إيجاب مهر المثل ما يفضي إلى فساده، لأن الزوجين قد رضيا بالصداق المعين وبدله يقرب منه.

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٣؛ والمغني ١٠/ ١١١؛ والإنصاف ٨/ ٢٤٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٩٥، وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٢٩٥.

(٢) هذا أصح القولين عند الشافعية، وبه قال أبوحنيفة. انظر الأم ٥/ ٦٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٧٦؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٤٢-٣٤٤؛ وفتح القدير ٣/ ٣٦٢.

(٣) في المخطوط (كالقير) ولعله خطأ من الناسخ.

(٤) القَفِيزُ: مكيال وهو ثمانية مكاكيل. انظر: القاموس المحيط، ومختار الصحاح. مادة «قفز».

(٥) القوصرة: وعاء من قصب يرفع فيه التمر من البواري. انظر لسان العرب، مادة «قصر».

[١٣٠٩/٨] **مسألة:** فإن تزوجها على عبد غير موصوف جاز، ولها الوسط من ذلك[١].

خلافاً للشافعي في قوله: إذا لم يكن موصوفاً فلها مهر مثلها، وهو اختيار أبي بكر[٢].

لأن كل موضع يثبت [فيه][٣] الحيوان في الذمة بدلاً عما ليس المقصود فيه المال جاز أن يثبت مطلقاً، كقتل الخطأ.

وفيه احتراز من السلم في الحيوان[٤]، ومن الأجرة في الإجارة، لأن المقصود المال.

[١٣١٠/٩] **مسألة:** إذا تزوجها على عبد مطلق وقلنا يثبت عبد وسط، أو تزوجها على عبد موصوف، فجاءها بقيمته أجبرت على قبولها[٥].

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٨ـ١٢٩؛ والمغني ١٠/ ١١٣؛ والإنصاف ٨/ ٢٣٨ـ٢٣٩؛ وفتح القدير ٣/ ٣٥٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٠، والمدونة ٢/ ١٧١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٣.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٨٨؛ والمغني ١٠/ ١١٣.

(٣)) ساقط من المخطوط. انظر: المغني ١٠/ ١١٣.

(٤)) اختلف في جواز السلم في الحيوان، فظاهر المذهب عند الحنابلة جواز السلم فيه. انظر المغني ٦/ ٣٨٨.

(٥) وبه قال الحنفية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٢؛ والمغني ١٠/ ١١٥؛ والإنصاف ٨/ ٢٤٠؛ وفتح القدير ٣/ ٣٥٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٠.

خلافاً للشافعي في قوله: لا تجبر على القيمة[١].

وإنما يصح هذا عنده في العبد الموصوف، فأما المطلق [فلا يصح][٢] والتسمية عنده باطلة.

لأن كل موضع يثبت [فيه][٢] الحيوان في الذمة لآدمي بدلاً عما ليس المقصود منه المال فإنه لا يتعين تسليمه، كالدية.

وفيه احتراز من الزكاة، لأن الحيوان هناك يثبت في عين المال[٣].

وفيه احتراز من الرقبة في الكفارة [لأن][٢] الحق هناك لله[٤].

وفيه احتراز من الشاة في خمس من الإبل، لأن الحق هناك لله[٥].

وفيه احتراز من العبد إذا كان معيناً، لأنه لم يثبت في الذمة[٦].

وفيه احتراز من السلم في الحيوان، والإجرة في الإجارة، لأن ذلك بدلاً عما هو مال، والمقصود منه المال.

[١٣١١/١٠] **مسألة:** المفوضة[٧] للبضع إذا طلقت قبل الدخول

(١) وبه قال مالك. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥٨٨؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٧٠؛ والمدونة ٢/ ١٧١.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) فيجب تسليمه ولا يصح دفع قيمته.

(٤) فلا يصح دفع قيمة الرقبة.

(٥) فلا يصح دفع قيمة الشاة.

(٦) فلا يصح دفع قيمة العبد.

(٧) المفوضة: من التفويض: أي التسليم، ويعني بهاهنا، المرأة التي تنكح بغير صداق. انظر: المصباح المنير، مادة «فوض».

وقبل الفرض وجب لها المتعة[1][2].

(خلافاً لمالك في قوله: لا تجب المتعة[3].

لأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً وجب أن لا يعرىٰ عن عوض، كما لو كان قد سمىٰ لها مهراً، ولا يلزم عليه إذا ارتدت قبل الدخول أن نكاحها يعرىٰ عن عوض، لقولنا: «طلاق» وهناك فرقة بغير طلاق، ولا يلزم عليه نكاح العبد أمة سيده، لقولنا: «في نكاح يقتضي عوضاً». وذلك لا يقتضي العوض.

ولأن المتعة بدل عن المهر، بدلالة: أنها لا تثبت مع تسمية المهر لا واجباً ولا مستحباً، وتثبت مع عدمه عندنا وجوباً، وعند مالك استحباباً، وقد ثبت أن المهر واجب فيجب أن يكون بدله واجباً، كالإبدال في الكفارات.

[١٣١٢/١١] **مسألة:** المتعة مقدرة بكسوة تجزئُ الصلاة فيها، وهي ثوبان درع

---

(١) المتعة لغة: اسم للتمتع. وشرعاً: اسم لمال يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها بسبب إيحاشه إياها بفرقة لا يد لها فيه. انظر القاموس المحيط، مادة «متع»، والأحوال الشخصية لمحيي الدين عبدالحميد ص ١٥٨.

(٢) وبه قال الجمهور: انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٧؛ والمغني ١٠/ ١٤٢؛ والإنصاف ٨/ ٢٩٩؛ وفتح القدير ٣/ ٣٢٥؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٤٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٩؛ وحلية العلماء ٦/ ٥١٠؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٨٧.

(٣) رأي الإمام مالك في هذه المسألة أن للمرأة المتعة، فقد جاء في المدونة ٢/ ١٨١ ما نصه: أرأيت لو أن رجلاً تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً! قال: النكاح جائز عند مالك ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلها المتعة ١٠هـ وجاء في الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤ ما نصه: ولو عقد النكاح بغير تسمية صداق وفوض بعضهم إلىٰ بعض أمر الصداق فالنكاح جائزٌ . . . وإن طلقها قبل البناء والتسمية فلها المتعة فقط. اهـ.

وخمار[(١)]، [(٢)].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: أنها غير مقدرة، وهي على قدر مايراه الحاكم[(٣)].

لأن العوض في عقد النكاح على ضربين: منه ما يجب حالاً، ومنه ما يجب وقتاً بعد وقت، ثم الذي يجب وقتاً / بعد وقت للثياب مدخل فيه، وهو الكسوة، [٦٥] جاز أن يكون لها مدخل فيما يجب حالاً وليس إلا المتعة، لأن المتعة بدل عن المهر، بدليل ماذكرنا، والمهر لا يقف تقديره على اجتهاد الحاكم.

[**١٣١٣/١٢**] **مسألة:** إذا فرض الحاكم للمفوضة مهراً، أو فرض لها زوجها فرضيت به، ثم طلقها قبل الدخول لم يكن لها المتعة، ووجب لها نصف الفريضة[(٤)].

---

(١) الدرع: القميص، انظر مختار الصحاح، مادة «درع». والخمار: ثوب تغطي به المرأة رأسها، انظر القاموس الفقهي ص ١٢٢.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٠-١٢١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٧؛ والمغني ١٠/ ١٤٣؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٠؛ وفتح القدير ٣/ ٣٢٦؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٤٠.

(٣) وبه قال مالك وأصحابه. انظر: المجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٩١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٣.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة وبه قال الجمهور المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٤؛ والمغني ١/ ١٣٩؛ والإنصاف ٨/ ٢٩٩-٣٠٠؛ والمدونة ٢/ ١٧٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤-٥١٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٠٧.

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لها المتعة[(١)].

لأنه مفروض يستقر بالدخول، فوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول، كالمفروض حال العقد، يبين صحة هذا: أن المفروض بعد العقد كالمفروض قبله إنما يجب لها المطالبة بكل واحد منهما، والامتناع من تسليم نفسها حتى تقبضه، ويستقر بالدخول والموت، كما يستقر الآخر.

[١٣١٤/١٣] **مسألة:** فإن تزوجها وسمى لها مهراً فاسداً، كالخمر، والخنزير، أو شرط مهراً مجهولاً، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة[(٢)].

خلافاً للشافعي، والثانية: لها نصف مهر مثلها[(٣)].

لأنها لا تستحق المسمى، فوجب أن تستحق المتعة بعد الطلاق قبل الدخول، قياساً على التي لم يفرض لها الحاكم مهراً.

[١٣١٥/١٤] **مسألة:** إذا طلقت بعد الدخول فلا متعة[(٤)].

(١) انظر: الجامع الصغير ص ١٨٢-١٨٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٣؛ و فتح القدير ٤/ ٣٢٨؛ والمغني ١٠/ ١٤٠.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٤؛ والمغني ١٠/ ١١٧؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٨.

(٣) انظر: كتاب الأم ٥/ ٧٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٠٨؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٤؛ والمغني ١٠/ ١١٧.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٥؛ والمغني ١٠/ ١٤١؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٤٨؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤.

خلافاً للشافعي في الجديد، والثانية: لها المتعة[1].

لأنها تستحق المهر فلا تستحق المتعة، كالمتوفىٰ عنها زوجها، ولو أن المدخول بها لو استحقت المتعة لما سقطت بردتها كما لا يسقط مهرها، فلما اتفقنا علىٰ أنها إذا (ارتدت)[2] بعد الدخول لم يكن لها المتعة علم أنها لا تستحقها أصلا.

[**١٣١٦/١٥**] **مسألة:** إذا ماتت، أو مات زوجها قبل الفرض والمسيس وجب لها مهر المثل[3].

خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي: لا مَهْرَ لها[4].

لأننا نبني المسألة علىٰ أن المفوضة قد وجب لها مهر المثل بالعقد، وكل امرأة وجب لها مهر بالعقد لم يسقط بالموت، كالمسمىٰ، والذي يدل علىٰ ذلك، ثلاثة أشياء:-

أحدها: أن لها أن تمنع به نفسها حتىٰ تستوفيه، كما تمنع نفسها إذا كان هناك مسمىٰ.

والثاني: أنه قد ملك عليها البضع بعقد النكاح، فلم يكن وجوب بدله موقوفاً

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٦٣٦، ومغني المحتاج ٣/ ٢٤١؛ والمغني ١٠/ ١٤١.

(٢) في المخطوط (اردت) ولعله خطأ من الناسخ.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢١-١٢٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٨؛ والمغني ١٠/ ١٤٩؛ والإنصاف ٨/ ٢٩٧-٢٩٨؛ والهداية شرح بداية المبتدىٰ ١/ ٢٢٢؛ وفتح القدير ٣/ ٣٢٥.

(٤) رجحه الماوردي الشافعي. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢١؛ والحاوي الكبير ٩/ ٤٧٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٠٤-٦٠٥.

علىٰ الدخول، أو الفرض في الثاني كأنْ سمَّىٰ لها مهراً.

والثالث: أنه لو لم يجب بالعقد لما وجب بالدخول، لأن الزوج يملك بضعها بعقد النكاح، والدخول بعد ذلك تصرف في ملكه.

[١٣١٧/١٦] **مسألة:** ولا فرق بين المسلمة والذمية[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كانت ذمية فلها المتعة[٢].

لأن كل من استحقت المهر بالعقد إذا كان مُسَمَّىٰ / جاز أن تستحقه إذا لم يكن مُسَمَّىٰ، كالمسلمة. [٦٦]

[١٣١٨/١٧] **مسألة:** مهر المثل يعتبر بنساء أقربائها العصبات وغيرهن، فنساء العصبات أخواتها، وبنات الإخوة، وعماتها، وبنات الأعمام، وعمات الأب، وبنات أعمام الأب، ونساء الأرحام، الأمهات وأخواتها، وهن الخالات وبناتهن، وخالات الأم، والأخوات من الأم[٣].

خلافاً للشافعي، والثانية: معتبر بنساء العصبات دون أرحامها[٤][٥].

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٠/١٤٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٩٢؛ ومغني المحتاج ٣/٢٤١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٣٧.

(٢) انظر: الجامع الصغير ص ١٨٦؛ والنافع الكبير شرح الجامع الصغير بهامش الجامع الصغير ص ١٨٤.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٢-١٢٣؛ ورؤوس المسائل ٣/٩٤٦؛ والمغني ١٠/ ١٥٠؛ والإنصاف ٨/٣٠٣.

(٤) انظر: كتاب الأم ٥/ ٧٧؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ١٧٥؛ والمغني ١٠/ ١٥٠.

(٥) رأي الأحناف في هذه المسألة: أن مهر المثل يعتبر بنساء العصبات وأن تتساوىٰ المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٩؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٥١؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٣٥٤-٣٥٥.

لأن النساء من جهة الرحم بينهم وبينها رحم، فجاز أن يعتبر بهن في المهر قياساً على نساء العصبات.

[١٣١٩/١٨] **مسألة:** إذا اختلف الزوجان قي قدر المهر لم يتحالفا، ونظرنا فإن كان مهر مثلها مثل مايدعيه وأقل، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مهر مثلها أقل مما ادعت هي وأكثر مما ادعى الزوج رجع إلى مهر المثل(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يتحالفان في القسم الثالث(٢).

ولمالك في قوله: يتحالفان إن كان الإختلاف قبل الدخول، وإن كان بعده فالقول قول الزوج(٣).

وخلافاً للشافعي في قوله: يتحالفان في الوجوه كلها(٤).

لأن اختلافهما في التسمية يمنع ثبوت التسمية، لأنا لا نصدق واحداً منهما على صاحبه، وعقد النكاح إذا عُرِّيَ عن التسمية وجب الرجوع إلى مهر المثل، فإذا كان كذلك فأيهما ادعى مقدار المثل فالظاهر معه، فكان القول قوله، لأنه مدعَّى عليه، والآخر مُدَّعٍ، وإن كان مهر مثلها أقل مما ادعت هي وأكثر مما ادعى الزوج فليس مع أحدهما ظاهر، فوجب الرجوع إلى مهر المثل.

---

(١) انظر: كتاب الراويتين والوجهين ٢/ ١٢٣-١٢٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٦؛ والمغني ١٠/ ١٣٢؛ والإنصاف ٨/ ٢٧٩.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى. ١/ ٢٣٠؛ و فتح القدير ٣/ ٣٧٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥١.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ١٨٢؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٨.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٧٧؛ والمجموع ١٦/ ٣٨٠.

[١٣٢٠/١٩] **مسألة:** إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق فالقول قول الزوجة[1].

خلافاً لمالك في قوله: إن كان العرف جرىٰ في بعض البلاد أن الزوج ينقد الصداق المعجل قبل الدخول ثم اختلفا في قبضه كان القول قوله[2].

لأنه يدعي براءة ذمته من حق كان واجباً عليه، فلم يقبل قوله، كما لو كانا في بلد لم تجر العادة فيه بانقاد الصداق، ثم اختلفا.

ولأن براءة الذمم بظاهر الحال لا تسقط، بدليل: أن الزاهد العابد إذا ادعىٰ (الوفاء لدين)[3] كانت عليه لرجل فاسق لم يقبل قوله وإن كان شاهد الحال أنه صادق، ولا يلزم عليه دعوىٰ قماش البيت، لأن الحق ما ثبت لأحدهما، فلهذا أرجح أحدهما بالظاهر.

[١٣٢١/٢٠] **مسألة:** إذا تزوج امرأة معتدة منه [بخلع][4]، ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف الصداق، وتعتد بالعدة الأولىٰ[5].

---

(١) وبه قال الجمهور. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٨٩؛ وحاشية المقنع بهامشه ٣/ ٨٩؛ وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٦/ ٣٨٦؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ١٤٣، والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٨٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٤٤، والإفصاح ٢/ ١٣٧.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٨.

(٣) في المخطوط: (الوف الدين).

(٤) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٧.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٧؛ والمغني ١١/ ٢٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٤٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لها صداق كامل، وعليها عدة مستقبلة[١].

لأنها مطلقة / من نكاح لا خلوة فيه ولا مسيس، فوجب أن يتنصف صداقها، [٦٧] أصله: إذا تزوجها بعد انقضاء عدتها منه.

[١٣٢٢/٢١] **مسألة:** إذا أصدقها ألفًا على أنّ لابنها ألفاً، أو أصدقها ألفاً على أن تعطي أباها الفا، أو أصدقها ألفين على أن تعطي أباها منه ألفاً، فالصداق صحيح في الأحوال الثلاث[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: هو فاسد في القسمين الأولين، وصحيح في الثالث[٣][٤].

لأن شرط بعض الصداق للأب لا يوجب بطلان الصداق، دليله: القسم الثالث.

ولأن ما جاز أن يكون صداقاً في شرع شعيب، وموسى[٥]، جاز أن يكون

(١)انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٠؛ وفتح القدير ٤/ ٣٣١.

(٢)انظر: المقنع لابن البنا ٩٣٥/٣؛ والمغني ١٠٨/١٠؛ والإنصاف ٢٤٨/٨.

(٣) انظر: كتاب الأم ٥/ ٧٨، وروضة الطالبين ٥/ ٥٩٠-٥٩١؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٢٦.

(٤) عند أبي حنيفة هي هبة، وعند مالك هو لابنته إن اعطاه قبل الدخول، وبعد الدخول له. انظر: الاستذكار ١٦/ ١١٠-١١١.

(٥) شرع من قبلنا لا يخلو، بالنسبة لنا من أحد أمور ثلاثة: أولها: إن قام الدليل على نفيه عنا، فقد اتفق العلماء على أنه ليس شرعاً لنا. ثانيها: إن قام الدليل على مطالبتنا به فقد اتفق العلماء أنه شرع لنا. ثالثها: إن لم يقم الدليل على أننا مطالبون به أو غير مطالبين بأن يدل شرعنا على أنه شرع لنا ولم يأمرنا به ولم ينهنا، فهذا محل الخلاف، فمنهم من يقول إنه شرع لنا. ونقل هذا عن أصحاب أبي حنيفة، وبعض أصحاب مالك والشافعي ورواية عن أحمد، ومنهم من يقول: إنه ليس شرعاً لنا. ويقول به أكثر الشافعية، والأشاعرة، والمعتزلة، ورواية عن أحمد. انظر: الأحكام للآمدي ٤/ ١٤٠-١٤١. وأصول مذهب الإمام أحمد ص ٥٤١-٥٥٥.

صداقاً في شرعنا، دليله: إذا لم يشترط لنفسه، وقد دل على صحة هذا إخباره تعالى عن شرط شعيب على موسى قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[1].

[١٣٢٣/٢٢] **مسألة:** الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج[2].

خلافاً لمالك، والثانية: هو الولي[3].

لأن ذلك مال لها، فلم يجز للولي أن يهبه كسائر أموالها.

ولأنه لما لم يجز أن يهب سائر أموالها، لم يجز أن يهب مهرها، كما لو كانت ثيباً.

[١٣٢٤/٢٣] **مسألة:** إذا تزوج امرأتين على ألف درهم فالنكاح والصداق صحيح[4].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: التسمية فاسدة، ولها[5] مهر مثلها[6].

---

(١) القصص (٢٧).

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٤ـ١٢٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٠؛ والمغني ١٠/ ١٦٠؛ والإنصاف ٨/ ٢٧١؛ وأحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٣٩؛ ومختصر الطحاوي ص ١٨٦؛ وكتاب الأم ٥/ ٨٠؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٦٤.

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٥١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٩؛ والمغني ١٠/ ١٦٠.

(٤) وبه قال أبوحنيفة، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٨؛ والمغني ١٠/ ١٧٤؛ والإنصاف ٨/ ٢٣٦؛ والمبسوط ٥/ ٩٢، وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٠٥.

(٥) أي لكل واحدة من المرأتين مهر المثل.

لأن جملة العوض في الصداق معلوم وإنما هو مجهول في التفضيل في حق كل واحدة منهما، فهو كما لو ابتاع عبدين من رجل بألفٍ صَحَّ، لأنه معلوم في الجملة مجهول في التفضيل.

ولأنه وإن كان مجهولاً في حق كل واحد منهما فإن الجهالة لاتنافي صحة العقد، فلا يمنع من التقسيط على عوض المثل، كما لو ابتاع عبدين من رجل بألف، فخرج أحدهما مستحقاً، أو معيباً يقسط الثمن على القيمة، ويفارق البيع، لأن الجهالة تنافي صحة العقد(١).

[١٣٢٥/٢٤] **مسألة:** إذا قتلت الحرة أو الأمة نفسها قبل الدخول لم يسقط مهرها(٢).

خلافاً للشافعي في قوله: يسقط مهرها(٣).

لأنه حق لها لا يسقط بموتها، فلا يسقط أيضاً بقتلها نفسها، دليله: سائر ديونها.

ولأنها فرقة حصلت بموتها، فلا يسقط ما وجب لها من مهرها، كما لو ماتت حتف أنفها.

---

(٦) ورجحه النووي. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٢٩٢؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٢٧.

(١) هذا في البيع، أما جهالة الصداق فلا تنافي صحة العقد.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٨؛ والإنصاف ٨/ ٢٨٢؛ والهداية شرح بداية المبتدئ ٢/ ٢٣٥؛ وفتح القدير ٣/ ٣٩٩.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥٨٧؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٥٠.

[١٣٢٦/٢٥] **مسألة:** إذا اشترت المرأة زوجها بعد الدخول بثمن في الذمة لم يبطل دينها، ويكون باقياً في ذمة سيده على ما كان عليه قبل الشراء[١] [٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يبطل ويتحول إلى ثمنه[٣].

وخلافاً للشافعي في أحد القولين: يبطل دينها. والثاني: يتحول إلى ذمته[٤].

فالدلالة على أن الدين لا يبطل: أن حقها ثابت في الذمة فلم يبطل بشرائها، دليله: العبد المدبر إذا اشتراه صاحب الدين لم يسقط، كذلك ها هنا.

والدلالة على أنه يكون في ذمة السيد: أنه دين تعلق بالعبد بسبب / إذن فيه [٦٨] السيد، فهو كما لو رهنه السيد بدين عليه، فإن الدين يتعلق بذمة السيد.

[١٣٢٧/٢٦] **مسألة:** فإن كان الشراء بالصداق الذي لها عليه صح الشراء سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فإن كانت مدخولاً بها استقر المهر، وسقط المهر في ذمة السيد، وإن كان قبله سقط نصفه[٥].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: إن كان الشراء قبل الدخول لم يصح

---

(١) يعني يتعلق صداق المرأة بذمة السيد، فإن كان المهر وثمن العبد من جنس واتفقا في الحلول والتأجيل تقاصا. انظر: حاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٨٢.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٨٢؛ والإنصاف ٨/ ٢٥٩؛ والمدونة ٢/ ١٨٨.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ١/ ٣٣١؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٦٩.

(٤) انظر: المجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٠٥.

(٥) انظر: مقنع ابن قدامة ٣/ ٨٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٨٢-٨٣.

الشراء[1].

لأنه لو كان المبيع بثمن مطلق صح، فإذا كان معيناً بما في الذمة صح، كما لو كانت مدخولاً بها.

ولأنه أوقع الشراء على صفة لو كانت مدخولاً بها صح، كذلك إذا لم يكن مدخولاً بها، كما لو كان الثمن في الذمة.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا كانت مدخولاً بها، وإذا كان الثمن في الذمة لا يفضي ثبوت البيع إلىٰ بيِّنةٍ، وليس كذلك إذا كان قبل الدخول، لأن ثبوته يفضي إلىٰ بيِّنةٍ، لأنا إذا حكمنا بصحة البيع أبطلنا النكاح، وإذا أبطلناه بطل المهر، لأن الفسخ جاء من جهتها، وإذا بطل المهر بطل البيع، لأنه لا يصح بغير ثمن، لأنه يفضي إلىٰ بيِّنةٍ، لأن من قول أبي بكر: أن المهر لا يسقط جميعه وإنما يسقط نصفه، وإذا لم يسقط فهناك ليس يقع العقد عليه، وإذا سقط نصفه رجع السيد عليها بمثل نصفه، كما قلنا فيمن ابتاع عبداً بألف في الذمة بشرط أن يضمنها ضامن، فضمنها، ثم مات الضامن قبل القبض، فإن العقد لا يبطل، ثم تتعين المطالبة للمضمون عنه، ومعلوم أن البائع لم يرض بذمة المشتري حتىٰ ضم إليها ذمة الضامن وعقد علىٰ الذمتين جميعاً، ثم ثبت أن تلف أحدهما لم يوجب بطلان العقد في نصفه بل حكمنا بصحته، كذلك ها هنا.

[١٣٢٨/٢٧] **مسألة**: للمرأة أن ترد المهر بالعيب اليسير كما ترد بالعيب

(١) لم أعثر علىٰ قول أصحاب الشافعي في هذه المسألة.

الفاحش[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس لها رده بالعيب اليسير[٢].

لأن ما جاز رده بالعيب الفاحش، جاز رده بالعيب اليسير، دليله: البيع.

[١٣٢٩/٢٨] **مسألة:** الزيادة في الصداق بعد العقد جائزة، وهي ثابته إن دخل بها، أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول كان لها نصف الزيادة ونصف المسمىٰ بالعقد[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: الزيادة بمنزلة هبة مستقلة إن قبضتها جازت، وإن لم تقبضها بطلت[٤].

لأن ما بعد العقد حالة لفرض جميع الصداق، فكانت حالة للزيادة فيه، دليله: حالة العقد، وعكسه هنا عقد البيع والإجارة لما لم يكن بعد العقد حالة لفرض الثمن وتسميته لم يكن حالة للزيادة في الثمن.

[١٣٣٠/٢٩] **مسألة:** وتجب نصف الزيادة بالطلاق قبل الدخول[٥].

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٩؛ والمغني ١٠/ ١٠٨؛ والمدونة ٢/ ١٧٢؛ والأم ٥/ ٨١؛ والمجموع ١٦/ ٣٣٥.

(٢) انظر: المبسوط ٥/ ٧٠؛ والفتاوىٰ الهندية١/ ٣١٤.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣١-١٣٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٤٩؛ والمغني ١٠/ ١٧٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٣؛ والمدونة ٢/ ١٧٨.

(٤) انظر: المجموع التكملة الثانية١٦/ ٣٥٤.

(٥) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٤٩؛ والمغني ١٠/ ١٧٨؛ والإنصاف ٨/ ٢٦٣؛ والمدونة ٢/ ١٧٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تبطل الزيادة[١][٢].

لأنها تسمية تستقر جميعها بالدخول وبالوفاة، ويلزم نصفها بالطلاق قبل الدخول، دليله: الزيادة المذكورة / حال العقد، ولا يلزم عليه مهر المثل في حق [٦٩] المفوضة أنه يلزم جميعه بالدخول وبالزيادة، ولا يلزم نصفه بالطلاق قبل الدخول، لقولنا: «تسمية» ومهر المثل يجب بالتسمية، ولا يلزم عليه المتعة، لأنها لا تجب بالوفاة ولا بالدخول، فلهذا لم يجب نصفها بالطلاق قبل الدخول، يبين صحة هذا: أن هذه الزيادة بعد العقد جارية بمجرد هاذاك العقد، بدليل: أنها تملك المطالبة بها، والامتناع من تسليم نفسها حتى تقبضها، وتستقر بالدخول وبالموت، كما يستقر المسمى حال العقد.

[**١٣٣١/٣٠**] **مسألة:** إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، وسمى لها مهراً، ودخل بها فلها المسمى[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لها الأقل من المسمى ومهر المثل[٤].

وخلافاً للشافعي في قوله: لها مهر المثل[٥].

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٣؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٤١.

(٢) قال الشافعي: هي هبة مستقبلة، وحكمها حكم الهبات. انظر: المجموع ١٦/ ٣٥٤.

(٣)وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٠؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٤ـ٣٠٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٥.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٨ـ٢٢٩؛ وفتح القدير ٣/ ٣٦٤.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٦١٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٣٣.

لأنه صداق يجب في النكاح الصحيح، فجاز أن يجب في النكاح الفاسد، دليله: صداق المثل، وكل مهر وجب في النكاح الصحيح جاز أن يجب في الفاسد، كمهر المثل، وكل عقد وجب فيه المسمىٰ إذا وافق مهر المثل فما دون، وجب وإن زاد علىٰ مهر المثل، كالنكاح الصحيح.

[١٣٣٢/٣١] **مسألة:** إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ودخل بها وقد سمىٰ لها مهراً تعلق المهر برقبته[(١)] [(٢)].

خلافاً للشافعي في القول الجديد: يتعلق بذمته[(٣)] [(٤)].

لأنه إذا وجد[(٥)] في ملك الغير لم ينقل عن عقوبة هي الحد عند ارتفاع الشبهة، أو ضمان عند وجود الشبهة، وهو المهر، وإذا كان يجري مجرىٰ الجناية وجب أن يتعلق برقبته، ويلزم ما وافق قيمته كسائر الجنايات، ثم الجنايات تتعلق برقبته، كذلك ها هنا.

[١٣٣٣/٣٢] **مسألة:** ويلزمه الخمسان[(٦)] من المسمىٰ[(٧)].

---

(١) أي برقبة العبد فيباع فيه إلا أن يفديه السيد. انظر: المغني ٩/ ٤٣٨.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٠؛ والمغني ٩/ ٤٣٨؛ والإنصاف ٨/ ٢٥٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٤؛ وفتح القدير ٣/ ٣٩٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٧.

(٣) أي بذمة العبد، فيتبع به بعد العتق. انظر: المغني ٩/ ٤٣٨.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦٦؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢١٦.

(٥) هكذا بالمخطوط والتعليل غير مستقيم.

(٦) أي السيد يلزمه خمسا المهر. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٢.

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يلزمه جميع المهر[1].

فمن أثبت المسمىٰ في هذا العقد أثبت جميعه، ومن أثبت مهر المثل أثبت جميعه.

لأن الحقوق علىٰ ضربين: حق بدن، وحق مال، ثم ثبت أن حقوق الأبدان منها مايساوي العبد الحر فيه، كالصلوات الفرض، والصوم، والقصاص في النفس والطرف، ومنها ما ينقص عنه، كالحدود التي هي حق لله، كالزنا، والشرب، والتي هي حق آدمي، وهو حد القذف، جاز أن يكون في حقوق الأموال ما يساويه، وهو قيمة المتلفات، وأروش الجنايات، ومنها ما ينقص عنه وليس إلا هذا.

ولأن المهر في النكاح الفاسد مبناه علىٰ التخفيف، بدليل: أنه لا يتكرر الوطء فيه مع علمنا أن الوطء الثاني والثالث لم يصادف ملكاً، كذلك لا يمتنع أن يدخله التخفيف وقدره في حق العبد.

[١٣٣٤/٣٣] **مسألة**: إذا تزوجها علىٰ مهر قد أجل ولم تذكر مدة الأجل /[٧٠] فالأجل صحيح ويكون لانتهاء حصول الفرقة بموت أو[2] طلاق.

خلافاً لأكثرهم: الأجل باطل[3].

---

(٧) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٨٩٢-٨٩٣؛ والمغني ٩/ ٤٣٨.

(١) منهم الحنفية، والشافعية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٤، ومغني المحتاج ٣/ ٢١٧.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥١؛ والمغني ١٠/ ١١٥؛ والإنصاف ٨/ ٢٤٤.

(٣) وهم الحنفية، المالكية، والشافعية. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ١٤٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٣٠؛ والمغني ١٠/ ١١٥.

لأن الأجل تابع للصداق، فلما جاز أن يكون الصداق في عقد النكاح مجهولاً، وهو إذا تزوجها على مهر المثل، جاز أن يكون الأجل فيه مجهولاً، ويفارق هذا الثمن في المبيع، والإجرة في الإجارة، لأنه لما لم يجز أن يكون العوض مجهولاً لم يكن الأجل فيه مجهولاً[١].

[١٣٣٥/٣٤] **مسألة**: إذا تزوج امرأة على خمر أو خنزير، ثم أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها مهر المثل[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن تزوجها على خمر بعينها، أو خنزير بعينه فليس لها إلا عين المهر، وإن كان الخمر بغير عينها، والخنزير بغير عينه ففي الخمر القيمة، وفي الخنزير مهر المثل[٣].

لأن الإسلام الطارئ على العقد قبل القبض كالموجود في الابتداء، بدلالة: أن نصرانياً لو اشترى من نصراني خمراً، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض بطل العقد[٤]، كما لو كان موجوداً في الابتداء، وإذا كان كذلك وجب أن يكون الإسلام الطارئ في مسألتنا كالموجود في الابتداء، ولو كان موجوداً في الابتداء لوجب لها مهر المثل، كذلك إذا طرأ على العقد.

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/ ١٧٢.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩١٩؛ والمغني ١٠/ ٣٤؛ والإنصاف ٨/ ٢٤٦٢٤٥؛ والمدونة ٢/ ٢١١؛ ومغني المحتاج ٣/ ١٩٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٣؛ وفتح القدير ٣/ ٣٨٧.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٤٠٨.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا انتقض البيع بطل السبب الموجب لتسليم الخمر، وها هنا السبب الموجب لتسليمه، ثم لأنه لا يمتنع أن يكون الموجب لتسليمه قائماً ولا يجب تسليم العين، كما لو تزوجها علىٰ خمر بغير عينها، وكالمسلم إذا تزوج علىٰ خمر أو خنزير، فإن النكاح قائم ولا يجب تسليمه[١].

[١٣٣٦/٣٥] **مسألة:** إذا تزوج الذمي بغير مهر وذلك جائز في دينهم وترافعا إلينا حكم لها بمهر المثل[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحكم لها بشيء[٣].

لأن الكافرين من أهل دارنا، فأحكامنا تجري عليهما، ألا ترىٰ أنه يقام عليهما الحدود فيها كالمسلمين.

[١٣٣٧/٣٦] **مسألة:** إذا طلقها قبل الدخول وقد اشترت بالصداق جهازاً وجب عليها أن ترد نصف العين التي قبضت منه[٤].

خلافاً لمالك في قوله: إذا اشترت به ما يصلحها ويصلح زوجها مما جرىٰ به العرف في موضعهما بأن المرأة تتجهز به للرجل، ثم طلقها قبل الدخول فله نصف

---

(١) انظر: المغني ١٠/ ١١٦.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٢؛ والمغني ١٠/ ٣٥.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٢؛ وفتح القدير ٣/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنيفة، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٢؛ وفتح القدير ٣/ ٢٠٩؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٥؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٦٤.

ما اشترت به، ولا يلزمها أن تغرم له عليها[(١)].

لأنها تصرفت في الصداق باختيارها، فلزمها غرم ماقبضت بالطلاق قبل الدخول، كما لو صرفته في غير الجهاز، أو في جهاز لم تجر العادة به.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك لم يحصل منه إذن، وها هنا قد حصل منه إذن من جهة العرف. لأن إذنه ممن لا يملكه لا حكم له، ولهذا لو أقرضه دراهماً فأذن له في صرفها في القماش، فإنه لا يؤثر في استحقاق القماش.

[١٣٣٨/٣٧] **مسألة:** إذا كان الصداق (معيناً)[(٢)] فوهبته [له][(٣)] ثم طلقها / [٧١] قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمته[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان الصداق عرضاً لم يرجع، وإن كان نقداً نظرت، فإن وهبته له قبل القبض لم يرجع عليها بشيء، وإن وهبته له بعد القبض رجع عليها بنصفه[(٥)(٦)].

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٥٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٥.

(٢) في المخطوط (معلوما) وما أثبت هو الصواب.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٥-١٢٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٥٣؛ والمغني ١٠/ ١٦٤؛ والإنصاف ٨/ ٢٧٥.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٥-٢٢٦؛ وفتح القدير ٣/ ٣٤٢-٣٤٣، ٣٤٥.

(٦) رأي الإمام مالك في هذا المسألة: أنه لا شيء له عليها، وأما الشافعي فله قولان: أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد: أنه لا يرجع بشيء. والثاني: وهو الأظهر عند الشافعية: أنه يرجع بنصف بدل المثل أو القيمة. انظر: المدونة ٢/ ١٧٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ١٥٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٣٣؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٦٣.

لأن الصداق رجع إلىٰ الزوج قبل ثبوت حقه بالطلاق، فوجب أن لا يسقط حقه من الرجوع بالنصف، أصله: إذا كان نقداً مقبوضاً.

ولأنه رجع الصداق إليه بعقد مستأنف، فلم يمنع من الرجوع بنصفه، كما لو اشتراه منها.

[١٣٣٩/٣٨] **مسألة:** إذا سلمت المرأة نفسها قبل قبض صداقها ودخل بها الزوج لم يكن لها أن تمتنع من التسليم، بل لها أن تطالب بالصداق (١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لها أن تمتنع حتىٰ تقبض صداقها (٢).

لأنه تسليم يستقر به العوض وجد برضا من له الحق فلا يسقط حقه من الجنس، أصله: تسليم جميع المبيع، ولا يلزم عليه إذا أكرهها علىٰ الوطء أنه يستقر به العوض ولا يسقط حقه من الإمساك، لأنه حصل بغير رضاها، فهو كالمبيع إذا (أكره) (٣) المشتري البائع علىٰ تسليمه قبل دفع الثمن، فإنه يستقر العوض، ولا يسقط حقه من الجنس، بل له المطالبة برده إلىٰ يده.

[١٣٤٠/٣٩] **مسألة:** يستقر المهر بالخلوة (٤).

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ١٢٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٥٣؛ والإنصاف ٨/ ٣١١-٣١٢؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٢٩٧-٢٩٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٢٩٧-٢٩٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٨٤.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٠؛ وفتح القدير ٣/ ٣٧٢.

(٣) في المخطوط (أكرهه).

(٤) وبه قال أبو حنيفة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٦-١٢٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٥٤؛

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][١] : لا يستقر بها المهر [٢].

لأن التسليم المستحق بالعقد من جهتها قد وجد، فوجب أن يستقر البدل، كما لو وطئها، وكما لو باعت عقاراً وخلت بينه وبين المشتري.

ولأن المعقود عليه في النكاح هو التسليم دون الوطء، ألا ترىٰ أنه يصح نكاح من لا يصح منه الوطء، كالمجنون، والرتقاء، ولا يصح العقد علىٰ من لا يصح منها التسليم كذوات المحارم، وقد سلم المعقود [عليه] [٣] فاستقر البدل، كالمبيع إذا سلمه.

[**١٣٤١/٤٠**] **مسألة:** فإن خلا بها وهي محرمة، أو صائمة، أو رتقاء، أو حائض وجب الصداق كاملاً [٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تكون خلوة [٥].

لأن التسليم المستحق من جهتها قد وجد وهو التمكين، وإنما المنع بالحيض،

والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٣٩ ؛ والإنصاف ٨/ ٢٨٣ ؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٣؛ وفتح القدير ٣/ ٣٣١.

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر : حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٣٠٠؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٠٠؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٨٧ ؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٢٤.

(٣) زيادة من المحقق لإتمام المعنىٰ.

(٤) انظر : كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٢٧ـ١٢٨ ؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٥٤ ؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٠ ؛ والإنصاف ٨/ ٢٨٦ـ٢٨٧.

(٥) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٣؛ وفتح القدير ٣/ ٣٣٢.

والإحرام، والصيام، والرتق وليس ذلك من جهتها، وإنما هو من جهة الله تعالىٰ، وذلك لا يؤثر في البدل، كما لا يؤثر في النفقة المستحقة بالعقد، كذلك المهر.

[١٣٤٢/٤١] **مسألة:** فإن خلا بها وهو محرم، أو صائم، أو مجبوب، أو عنين استقر الصداق[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان محرماً، أو صائما لم يستقر الصداق، وإن كان مجبوباً، أو عنيناً يحصل الصداق[٢].

لأن التسليم قد وجد منها، فلو (أسقطنا)[٣] المهر كنا نسقطه بعجز الزوج وهذا لا يجوز، كما لو كان عنيناً أو مجبوباً.

ولا معنىٰ / لقولهم: ليس هناك تسليم منتظر، وها هنا تسليم منتظر، ولأنه [٧٢] لو لم يبق من جهة المرأة تسليم، لأنها قد سلمت ما هو مستحق عليها والعجز من جهة الزوج، فيجب أن لا يؤثر في العوض كما لا يؤثر في النفقة، وقد ثبت أنها لو سلمت نفسها وهو مجبوب، أو عنين استحقت النفقة، كذلك ها هنا.

[١٣٤٣/٤٢] **مسألة:** فإن خلا بها في النكاح الفاسد استقر الصداق[٤].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٠؛ والمغني ١٠/ ١٥٥؛ والإنصاف ٨/ ٢٨٦-٢٨٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٤؛ وفتح القدير ٣/ ٣٣٢-٣٣٤.

(٣) في المخطوط (أسقط).

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٤؛ والمغني ١٠/ ١٥٧؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٥.

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يستقر [١].

لأنه تسليم يستقر به المهر في النكاح الصحيح، فاستقر به في النكاح الفاسد، كالوطء.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه في النكاح الصحيح تسليم موجب بالعقد، وليس كذلك في الفاسد، لأن الوطء في النكاح الفاسد غير موجب بالعقد وتستحق به المهر.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الوطء إتلاف، وليس ها هنا إتلاف، لأنه يبطل بالخلوة في النكاح الصحيح ليس بإتلاف ويستقر به المهر.

[١٣٤٤/٤٣] **مسألة:** إذا قبضت المرأة المهر فنقص في يدها، ثم طلقها قبل الدخول، فالزوج بالخيار إن شاء ضمنها نصف القيمة يوم قَبْضِهِ، وإن شاء أخذ نصفه ناقصاً، ونصف النقصان، وكذلك إذا اشترىٰ سلعة وقبضها فحدث بها عيب عنده، ثم وجد بها عيباً قد دلسه البائع إنه بالخيار إن شاء أخذه وأرش النقصان ورد جميع الثمن، وإن شاء ترك، وضمن له الأرش، والمنصوص عنه [٢] رد المبيع [٣].

(١) منهم الحنفية، وسبق أن مر بنا من قبل مسألتينِ مذهب مالك والشافعي في أن الخلوة لا يستقر بها المهر. انظر: تبيين الحقائق ٢/ ١٥٢؛ والمغني ٩/ ٣٥٣.

(٢) أي عن الإمام أحمد.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وقول كثير من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٥؛ والمغني ١٠/ ١٣١؛ والإنصاف ٨/ ٢٦٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦١٤.

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصفه ناقصاً ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضمنها نصف القيمة يوم قبضه، وكذلك المبيع إذا قبضه المشتري وظهر به عيب وظهر على عيب قد دلسه البائع، أن البائع بالخيار إن شاء أخذه ناقصاً ورد جميع الثمن، وإن شاء رده وليس له أن يضمنه النقصان [١] [٢].

لأن المهر حصل مضموناً على المرأة بالقبض، فوجب أن يكون الإتباع مضموناً عليها، إذا لم يكن مأذوناً إتلافها، كالمقبوض على وجه السوم، والمقبوض على عقد فاسد، والقرض، والغصب.

ولا معنى لقولهم: إنه قبض ملك غيره، وهذه قبضته نفسها، لأن هذا يوجب أن لا يكون نصفه مضموناً عليها، لأنها قبضت ملك نفسها، ومعلوم أنه مضمون عليها.

[١٣٤٥/٤٤] **مسألة:** إذا تزوج امرأة على غير مهر، ثم وهبت له جميع ما يجب لها عليه من صداق وغيره، فالهبة جائزة ولا شيء لها عليه إذا طلقها بعد ذلك [٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الهبة جائزة ما لم يطلقها، فإن طلقها قبل الدخول

---

(١) انظر: المبسوط ٥/ ٧٧؛ والفتاوى الهندية ١/ ٣١٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٥٥.

(٢) مذهب مالك في هذه المسألة للزوج أخذه ناقصاً ولا شيء له غير ذلك. انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٤.

(٣) انظر: الفروع ٥/ ٢٨٩-٢٩٠؛ وتصحيح الفروع بهامش الفروع ٥/ ٢٩٠.

فلها المتعة [١].

لأن المتعة مستحقة على وجه البدل عن البضع، بدليل: أنها تجب بالطلاق قبل الدخول، فوجب أن تصح البراءة منه / بعد العقد قبل الطلاق، دليله: نصف [٧٣] المسمىٰ.

[١٣٤٦/٤٥] **مسألة:** فإن دفعها أجنبي فأذهب عذرتها [٢] فعليه صداق مثلها [٣].

خلافاً للشافعي في قوله: عليه أرش البكارة [٤].

لأن ذهاب البكارة إتلاف يستحق بعقد النكاح، فإذا أتلفه أجنبي وجب عليه المهر، دليله: منفعة البضع إذا أتلفه بالوطء.

[١٣٤٧/٤٦] **مسألة:** فإذا أكره أجنبيةً على الوطء، أو وطئها بشبهة فعليه المهر فقط [٥].

خلافاً للشافعي في قوله: عليه الصداق وأرش البكارة [٦].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢٢؛ وفتح القدير ٣/ ٣٢٥.

(٢) العذرة: هي البكارة.

(٣) هذا رواية عن الإمام أحمد. انظر: المغني ١٠/ ١٥٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٩٧؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٩.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٧؛ والمغني ١٠/ ١٥٩؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٩.

(٥) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣٣ـ١٣٥؛ والمغني ١٠/ ١٥٩؛ والإنصاف ٨/ ٣٠٦.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٦٨و٢٢٧.

لأنه وطء، فلم يجب به أكثر من [المهر] [١]. أو نقول: فلم يجتمع فيه مهر وعقر[٢]، دليله: وطء الزوج [٣]، ووطء الثيب [٤].

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك الإتلاف مستحق في حق الزوج، لأنه ما كان يمتنع أن يضمنه وإن كان مستحقاً كمنافع البضع.

[١٣٤٨/٤٧] **مسألة:** إذا طلق زوجته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين إلا بالثلاث، فوطئها لزمه مهر ونصف [٥].

خلافاً لمالك في قوله: لا يلزمه إلا مهر واحد[٦].

لأن الطلاق قبل الدخول قرر عليه نصف المهر، ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد، فيجب لها به مهر المثل، كما لو علم بذلك والمرأة لا تعلم، فإنه لا خلاف أنها تستحق للوطء مهراً كاملاً.

[١٣٤٩/٤٨] **مسألة:** نثار العرس [٧] مكروه، ويكره أخذه [٨].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) العقر: دية فرج المرأة. انظر: القاموس الفقهي ص ٢٥٧.

(٣) المراد بوطء الزوج هو الوطء المأذون فيه شرعاً.

(٤) والمراد بالثيب هي التي زالت بكارتها.

(٥) انظر: المغني ١٠/ ١٨٧.

(٦) لم اعثر قول مالك في هذه المسألة.

(٧) نثار العرس: هو مانثر في حفلات العرس من حلوىٰ، أو نقود. انظر: القاموس الفقهي ص ٣٤٧.

(٨) قال به الجمهور الحنابلة، وهو المذهب عندهم، والمالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٥٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٥؛ والمغني ١٠/ ٢٠٨؛ والإنصاف ٨/ ٣٤١؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٣٨، ٣٣٩؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٣٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٥٦٤؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٩٥.

خلافاً لأبي حنيفة والثانية [١].

لأن (النثار) [٢] يؤخذ نهبة، ففيه سخف ودناءة.

ولأنه ربما كان في القوم من يحب صاحب النثار أن يأخذ أكثر مما يمكن من ذلك، ويأخذه من لا يحب فيكون قد أخذ ماله من لا يحب أن يأخذه، فكره ذلك.

[١٣٥٠/٤٩] **مسألة:** وليمة العرس مستحبة وليست واجبة [٣].

خلافاً لأصحاب الشافعي [٤].

لأنه إطعام لحادث سرور، فلا يكون واجباً، دليله: سائر الولائم.

[١٣٥١/٥٠] **مسألة:** لا تستحب الوليمة على الختان [٥].

خلافاً لأصحاب الشافعي [٦].

لما روي عن الحسن قال: دعا عثمان بن أبي العاص إلى ختان، فأبى أن يجيب،

---

(١) فإنه لا يكره نثار العرس، انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٣٥٦؛ والمغني ١٠/ ٢٠٨.

(٢) في المخطوط (النثا) بدون راء.

(٣) به قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٦؛ المقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٤؛ والمغني ١٠/ ١٩٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٢٧؛ والإنصاف ٨/ ٣١٦؛ ومختصر الطحاوي ص ١٨٩؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٣٧.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٦٤٥-٦٤٦؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٩٤.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٥؛ والمغني ١٠/ ٢٠٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٣٣-٣٣٤؛ والإنصاف ٨/ ٣٢١.

(٦) فإنهم قالوا بالاستحباب، وبه قال الجمهور. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٦٤٥-٦٤٦؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٣٩٤؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٢/ ٣٠١؛ والإفصاح ٢/ ١٤٠.

فقيل له؟ فقال: إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ فلا ندعى إليه [١].

[١٣٥٢/٥١] **مسألة:** الأمة على النصف من الحرة في القسم [٢].

خلافاً لمالك في قوله: هي مثل الحرة [٣].

لأن القسم مستحق على قدر الاستمتاع، لأن الاستمتاع هو المقصود منه، ولهذا قسم للجديدة أكثر من غيرها، والاستمتاع بالحرة أكثر منه بالأمة.

ولأن الحرة تبقى معه ليلاً ونهاراً، والأمة تبقى بالليل دون النهار.

ولأن ولده من الأمة يسترق فيجتنب وطأها، فوجب أن تفضل الحرة على الأمة في القسم.

[١٣٥٣/٥٢] **مسألة:** في العزل عن الزوجة الأمة [يفتقر] [٤] إلى [إذن] [٥] المولى [٦].

---

(١) هذا الأثر رواه الإمام أحمد في مسند عثمان بن أبي العاص (١٧٩٢٨) من طريق محمد بن سلمة الحراني، عن محمد بن إسحاق، عن عبيد الله بن طلحة بن كريز، عن الحسن قال: دعي عثمان . . . الخ. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٦٠ وقال: وفيه ابن إسحاق وهو ثقة مدلس.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٨؛ والمغني ١٠/ ٢٤٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٤٤؛ والإنصاف ٨/ ٣٦٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٦٤؛ والمجموع التكملة الثانية ١٦/ ٤٢٩.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ١٩٨-١٩٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٣.

(٤) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام. انظر رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٨.

(٥) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام. انظر رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٨.

(٦) به قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٠٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٣٥؛ وشرح فتح القدير ٣/ ٤٠٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٣.

خلافاً للشافعي في قوله: يعزل عنها بغير إذن أحد (١).

لأ[نها] (٢) زوجة، فوجب أن لا يجوز العزل عنها إلا بإذن، كالحرة.

ولأن المولى أحق بإمساك ولدها، فوجب أن يعتبر فيه إذنه، كالحرة لما كانت أحق / بحضانة ولدها اعتبر إذنها فيه. [٧٤]

[**١٣٥٤/٥٣**] **مسألة**: إذا تزوج امرأة وعنده غيرها، فإن كانت الجديدة بكراً فضلها بسبعة أيام، وإن كانت ثيباً خيرها، فإن شاءت أقام عندها سبعاً وعند كل واحدة سبعاً ولم يخصها بزيادة، وإن شاءت أقام عندها ثلاثة أيام يفضلها ثم يسوي بينهن فيما بعد (٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يفضل الجديدة في القسم، بل يسوي بينها وبين اللاتي عنده (٤).

لأن الرجل إذا تزوج امرأة جديدة فإنه يحتاج إلى أن يؤنسها ويبسطها حتى تزول الحشمة (٥) بينهما، فوجب أن يختص بمدة يقيم معها فيها، ويختص بها لتأنس بذلك، وتزول الحشمة، ولهذا جعلنا قسمة البكر أكثر من الثيب، لأنها

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٥٣٧؛ والمجموع ١٦/ ٤٢١.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية، انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٨، والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٩؛ والإنصاف ٨/ ٣٧٤؛ والمدونة ٢/ ١٩٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٢؛ والأم ٥/ ١١٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٦٥.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٥٦.

(٥) الحشمة: الحياء، والانقباض. انظر: القاموس المحيط، مادة «حشم».

تحتاج من المؤانسة وزوال الحشمة إلىٰ أكثر مما تحتاج إليه الثيب [(١)] .

ولأن الاستمتاع الذي يحصل له من الجديدة أكثر مما يحصل له من غيرها، فيجب أن تختص بفضلة في القسم كما اختصت الحرة بفضلة في القسم علىٰ الأمة، لأن استمتاعه بالحرة أوفر .

[١٣٥٥/٥٤] **مسألة:** لا يجوز أن يسافر بإحدىٰ نسائه بغير قرعة، وإن سافر بواحدة من نسائه بغير قرعة وجب أن يقضي للبواقي، وإذا كان بقرعة لم يقض [(٢)] .

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: لا يقضي [(٣)] .

لأنه خص بعض نسائه بمدة علىٰ وجه تلحقه فيه الظنة والتهمة، فوجب القضاء، دليله: إذا فعل ذلك في الحضر .

وفيه احتراز من إخراجها بالقرعة .

[١٣٥٦/٥٥] **مسألة:** لا يجوز له ضرب زوجته في ابتداء النشوز بل

---

(١) ذكر المؤلف تعليلاً لهذه المسألة مع أنه يوجد دليل من السنة علىٰ هذه المسألة ، فقد روىٰ أنس ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : من السنة إذا تزوج البكر علىٰ الثيب أقام عندها سبعا وقسم ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ، ثم قسم . قال أبو قلابة : لو شئت لقلت : إن أنساً رفعه إلىٰ النبي ﷺ . متفق عليه .

(٢) وبه قال الشافعية . انظر : رؤوس المسائل ٣/ ٩٥٩ ؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٤٩ ؛ والمغني ١٠/ ٢٥٢ ؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٤٦ ؛ والإنصاف ٨/ ٣٦٥ ؛ والأم ٥/ ١١٩ ؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٧١ ؛ والمجموع ١٦/ ٤٣٩ـ٤٤٠ .

(٣) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤١ ؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٥٦ ، والكافي في فقه أهل المدينة ١/ ٤٦٣ ؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٣٤٣ .

يهجرها، فإن انتهت وإلا فله ضربها [١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: له ضربها في ابتدائه [٢].

لأن المقصود ردعها وزجرها عن النشوز، وما طريقه هذا؟ فإنه يقصد بالأسهل فالأسهل، كمانقول فيمن تهجم على رجل في منزله فإنه يدفعه بالأسهل، ولا يبتدئه بالأغلظ، كذلك ها هنا.

[١٣٥٧/٥٦] **مسألة:** إذا وقع الشقاق بين الزوجين بعث الحاكم حكمين ينظران بينهما، وليس للحكمين أن يطلقا إلا أن يجعل الزوج ذلك إليهما [٣].

خلافاً لمالك، والشافعي في أحد قوليه: ما يفعلانه حكما، فإن رأيا الإصلاح بعوض أو بغير عوض جاز، وإن رأيا الجمع جاز، وإن رأى الذي من جهة الزوج طلق، ولايحتاج في الطلاق إلى الذي من جهة المرأة [٤].

لأنه لو كان هذا من طريق الحكم والولاية كان الواجب أن يشهدا عند القاضي بالشقاق ليفرق، كما نقول في العنة، ولو كان حاكماً يُلزم اقتصر على واحد ولم يحتج إلى اثنين كسائر الأحكام.

---

(١) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٠، والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥١؛ والمغني ١٠/ ٢٥٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٥٠؛ والإنصاف ٨/ ٣٧٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٤٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٧٦.

(٢) رجحه النووي. انظر: الأم ٥/ ١٢٠؛ روضة الطالبين ٥/ ٦٧٦؛ والمجموع ١٦/ ٤٤٥ـ٤٤٨.

(٣) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥١؛ والمغني ١٠/ ٢٦٣؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٥٢؛ والإنصاف ٨/ ٣٧٩ـ٣٨١؛ ومختصر الطحاوي ص١٩١.

(٤) انظر: المنتقى ٤/ ١١٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٤٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٧٨؛ وتكملة المجموع ١٦/ ٤٥١ـ٤٥٤.

كتاب الخلع[١]

[١٣٥٨/١] / مسألة: الخلع فسخ وليس بطلاق[٢]. [٧٥]

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي، والثانية: هو طلقة بائنة[٣].

لأن الخلع نوع فرقة لا يختص بزمان، ولا يثبت فيها رجعة بحال فكانت فسخاً، كالرضاع، وشراء الزوجة، والارتداد، وخيار المعتقة، ولا يلزم عليه الطلاق، لأنه يختص بزمان، وهو زمان الطهر الذي لم يجامعها فيه، ولأنه يثبت فيه رجعة بحال، وهو إذا كان الطلاق بعد الدخول أقل

(١) الخلع: بضم الخاء وبفتحها من الخلع، وهو: النزع، يقال: خلعت النعل وغيره خلعاً: نزعته، وخالعت المرأة زوجها مخالعة: إذا افتدت منه فخلعها هو خلعا. والخلع: استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما خَلَعَ لباسَ للآخر، فإذا فعلا ذلك، فكأن كل واحد نزع لباسه عنه. انظر: معجم مقاييس اللغة، ولسان العرب، مادة «خلع».

وشرعا: أن يفارق امرأته على عوض تبذله له. انظر: الدر النقي ٣/ ٦٢٢.

(٢) هو المذهب عند الحنابلة، وأحد القولين للشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٦١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٤؛ والمغني ١٠/ ٢٧٤؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨٢.

(٣) وهذا هو الأظهر عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٤٠٤؛ والغرة المنيفة ص١٥١؛ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤/ ٧٧؛ والمدونة ٢/ ٢٣١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩١ والقبس ٢/ ٤٧٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٩؛ والأم ٥/ ٢١١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨٢؛ والمغني ١/ ٢٧٤.

من ثلاث، ولا يلزم عليه إذا كان الخلع بصريح لفظ الطلاق، أو بنيته أنه لا يختص بزمان، ولا يثبت به رجعة بحال، وهو طلاق، لأن التعليل للنوع فلا يلزم عليه الأحوال، ولا يلزم من جهة المعنى، لأن هناك وجد صريح الطلاق وبنيته، وهذا معدوم ها هنا.

أو نقول: الخلع نوع فرقة لا تتعدد، فكانت فسخاً، كوطء أم الزوجة، وشرائها، والردة، وخيار المخيرة، وفيه احتراز من الطلاق، لأنه يتعدد.

ولأن الفرقة في حال الخيار ضربان: طلاق وفسخ، وقد ثبت أن الطلاق يكون بعوض وغير عوض، فوجب أن يكون الفسخ بعوض وغير عوض، وليس عند أبي حنيفة فسخ النكاح بعوض.

[**١٣٥٩/٢**] **مسألة:** يصح الخلع مع استقامة الحال [١].

خلافاً لداود في قوله: لا يصح إلا بشرط أن يخافا أن لا يقيما حدود الله [٢].

لقوله تعالى: ﴿**فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾ [٣]. ولم يفصل بين أن يكون بعوض وغير عوض، وكل من صح طلاقه بغير عوض صح بعوض، كما لو خافا أن لا يقيما حدود الله.

[**١٣٦٠/٣**] **مسألة:** يكره الخلع بأكثر من المهر، فإن خالع بزيادة عليه صح

---

(١) وبه قال جمهور العلماء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٣؛ والإنصاف ٨/ ٣٨٢-٣٨٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٠؛ والقبس ٢/ ٧٤١-٧٤٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨١.

(٢) انظر: المحلى ١١/ ٥٨٤.

(٣) النساء (٤).

الخلع [١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يكره، وهو في الزيادة كما هو في النقصان [٢].

لما رُوِيَ عن النبي ﷺ [أنه قال] [٣] في قصة ثابت بن قيس بن شماس: «خذ ما أعطيتها ولا تزدد» [٤].

ولأنه بدل مأخوذ في مقابلة فسخ يتغلب [٥]، دليله: العوض في الإقالة والبيع.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الزيادة هناك محرمة وها هنا غير محرمة، لأنه لا يمنع أن لا يحرم ويكره، كالزيادة علىٰ الطلاق الثلاث، وكذلك الزيادة علىٰ الثلاث في الطلاق [٦].

[١٣٦١/٤] **مسألة**: إذا خالعها علىٰ غير عوض فهو كناية في الطلاق إن نوىٰ به

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦١؛ والمقنع لابنا البنا ٣/ ٩٥٢؛ والمغني ١٠/ ٢٦٩؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٨.

(٢) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٩؛ والبحر الرائق ٤/ ٨٣؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٨٠؛ وموطأ الإمام مالك ٢/ ٥٦٥؛ والمدونة ٢/ ٢٣٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٧؛ والأم ٥/ ٢١١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٩٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) رواه ابن ماجة في الطلاق: باب المختلفة يأخذ ما أعطاها (٢٠٥٦) ١/ ٦٦٣، والبيهقي في الخلع والطلاق: باب الوجه الذي تحل به الفدية. السنن الكبرىٰ ٧/ ٣١٤. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ١٠٣.

(٥) هكذا بالمخطوط.

(٦) الذي يظهر لي أن هذا تكرار إذ لا فرق في المعنىٰ بين لفظ «الزيادة علىٰ الطلاق الثلاث» ولفظ «الزيادة علىٰ الثلاث في الطلاق».

الطلاق كان طلاقاً رجعياً إذا كانت مدخولاً بها، وإن لم ينو الطلاق لم يلزمه شيء[١].

خلافاً لمالك، والثانية: يكون خلعاً صحيحاً[٢].

لأنا إن قلنا: الخلع طلاق، فإن الطلقة الواحدة إذا كانت مجردة صادفت عدة قبل استيفاء العدد فإنها لا تكون بائناً / بل تكون رجعياً، كما لو قال لها: أنت طالق. وإن [٧٦] قلنا الخلع فسخ فإنما لم يكن لفظ الخلع بمجردها فسخاً، لأن الزوج لا يملك فسخ النكاح إلا لعارض، كالعيوب، ألا ترىٰ أنه [إن][٣] قال: فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم ينفسخ، وكذلك لو قال: أقلتك النكاح ولم ينو لم ينفسخ، وإذا لم يكن مالكاً للفسخ لم يكن لفظ الفسخ فسخاً، ويفارق هذا: إذا دخلها العوض، لأنه خرج مخرج المعاوضات، فلا يجمع له العوض والمعوض، فلهذا كان فسخاً.

[١٣٦٢/٥] **مسألة:** المختلعة لا يلحقها الطلاق بحال[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلحقها في مدة العدة بلفظ الطلاق بغير عوض[٥].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٦٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٥؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٧؛ والمغني ١٠/ ٢٨٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٦٣؛ والبحر الرائق ٤/ ٧٩؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨١.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩١؛ والمنتقى ٤/ ٦٤؛ والمغني ١٠/ ٢٨٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٦٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٦٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٤؛ والمغني ١٠/ ٢٧٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٦١-٣٦٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٧٠؛ والأم ٥/ ٢١٣.

(٥) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٠٥؛ والغرة المنيفة ص ١٥٢.

لأنها لا تحل له إلا بعقد جديد، فوجب أن لا يلحقها طلاقه، كالمطلقة قبل الدخول والتي انقضت عدتها، ولا يلزم عليه المطلقة في نكاح فاسد، لأنها قد تباح بغير عقد، وهو حكم الحاكم.

أو نقول: كل امرأة لا يلحقها الطلاق بالكناية لم يلحقها بالصريح [١]، دليله: ما ذكرنا.

أو نقول: كل امرأة لا يلحقها بعوض لا يلحقها بغير عوض[٢]، دليله: ما ذكرنا.

أو نقول: كل امرأة لا يلحقها مرسل الطلاق لا يحقها معينه، دليله: ما ذكرنا.

[١٣٦٣/٦] **مسألة:** إذا خالع المسلم امرأته على خمر، أو خنزير فالخلع واقع وليس له شيء[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: يرجع عليها بمهر مثلها [٤].

لأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، وإذا سمت مالا قيمة له فقد رضي بترك العوض فلم يرجع بشيء، ولو رجعنا إلى مهر المثل فإن فيه تقويماً له

(١) مثال ذلك المرأة التي بانت من زوجها بينونة صغرىٰ، كالمختلعة، والمطلقة قبل الدخول.

(٢) مثال ذلك المرأة التي بانت من زوجها بينونة صغرىٰ، كالمختلعة، والمطلقة قبل الدخول.

(٣) به قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٣؛ والمغني ١٠/ ٢٩٥؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٨؛ وتبيين الحقائق ٢/ ٢٦٩؛ والبحر الرائق ٤/ ٨٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨١؛ والمدونة ٢/ ٢٣٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٨.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٦١٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨٣؛ والمجموع ١٧/ ٢٨.

ولا قيمة لخروجه من ملكه. والدليل على أنه لا قيمة لخروجه من ملكه: أنه لو طلق امرأته في مرضه لم يعتبر الثلث [١]، ولم تضمن لورثة الزوج من قيمة بضعها شيئاً، ولو كان لخروجه من ملكه قيمة لوجب إذا لم يكن للزوج مال أن تضمن ثلثي قيمة بضعها، كما لو أعتق عبداً في مرضه لا مال له غيره أن يضمن ثلثي قيمته لورثته.

ولأنها لو ارتدت بعد الدخول لم تضمن لزوجها المهر وإن كانت قد أتلفت عليه البضع، فلو كان مقوماً ضمنت له الإتلاف كسائر المقومات، وكذلك لو قتلت نفسها لم تضمن قتل البضع للزوج وإن كان قد تلف البضع بفعلها.

ولأنه لو خلع ابنته الصغيرة على مالها لم يلزمها الخلع، ولو كان لخروجه من ملكه قيمة لوجب أن يلزمها البدل، كما لو اشترى لها شيئا بمالها.

[١٣٦٤/٧] **مسألة:** إذا ثبت أنه لا يرجع عليها بشيء فإن الخلع يكون مبنياً على الخلع المطلق، فإن قلنا: يكون بائناً فمثله ها هنا، وإن قلنا يكون رجعياً فمثله ها هنا، ويكون كناية في الطلاق، فإن نوى الطلاق يكون رجعياً [٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يكون بائناً [٣].

---

(١) هكذا بالمخطوط ولم تتضح لي.

(٢) قال به النووي من الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ١١٩-١٢٠؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٨-٣٩٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨٣.

(٣) وبه قال المالكية انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٣؛ وفتح القدير ٤/ ٢١٩-٢٢٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨١، والمدونة ٢/ ٨٧٢.

/ (بناه)[١] على أصله: أن الخلع طلاق، وأن كنايات الطلاق تقع بواين. [٧٧]

ونحن نبنيه على هذا الأصل وأن كنايات[٢] الطلاق الخفية لاتقع بواين.

[٨/١٣٦٥] **مسألة:** إذا اختلعت على ما في بطن جاريتها صح الخلع، فإن كان في بطنها ولد فهو له، وإن لم يكن فلا شيء له، وكذلك الخلع بما يثمر نخلها العام[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز الخلع على الحمل [بما][٤] في البطن، ولا يجوز على ما يحمل نخلها، ففي الحمل إذا كان موجوداً فهو له، وإن لم يكن موجوداً فلا شيء له وفي الثمرة ترد المهر، سواء أثمرت أو لم تثمر[٥].

وخلافاً للشافعي في قوله: الخلع كالبيع وترد مهر مثلها[٦].

لأن الحمل والثمرة تصح الوصية به فصح الخلع عليه، دليله: الأم، والنخلة.

ولأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق به الحمل والثمرة،

---

(١) في المخطوط (بنيه).

(٢) الكنايات في الطلاق نوعان: ظاهرة. وهي الألفاظ الموضوعة للبينونة، لأن معنى الطلاق فيها أظهر، مثال ذلك «أنت خلية»، والنوع الثاني: الخفية: وهي الألفاظ الموضوعة للطلقة الواحدة ما لم ينو أكثر، نحو «ذوقي، وتجرعي»، انظر: كشاف القناع ٥/ ٢٥٠.

(٣) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٣؛ والمغني ١٠/ ٢٨٣؛ والإنصاف ٨/ ٤٠٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: البحر الرائق ٤/ ٨٥؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢.

(٦) انظر: الأم ٥/ ٢١٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٩٣-٦٩٤.

كالوصية.

ولأن جهالته ليس بأكثر من جهالة مهر المثل، والخلع يجوز على مهر المثل.

[١٣٦٦/٩] **مسألة:** إذا خالعها على [ما] (١) في هذا البيت من متاع، فلم يكن في البيت شيء، فإنها ترد المهر الذي أخذت (٢).

خلافاً للشافعي في قوله: ترد مهر مثلها (٣).

لأنه قد وجب عليها رد المهر، فوجب أن ترد المسمى، كما لو ارتدت قبل الدخول، وقد قبضت المهر أنها ترد ما قبضت، ولا يلزمها مهر المثل.

[١٣٦٧/١٠] **مسألة:** إذا اختلعت المرأة في مرضها كان الخلع مقدراً بميراثه منها، وإن شئت قلت: كان له الأقل من المسمى أو الميراث (٤).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو من الثلث (٥).

وخلافاً للشافعي في قوله: إن اختلعت بمقدار مهر مثلها كان من جميع المال، وإن زادت على ذلك فالزيادة من الثلث (٦).

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٤؛ والمغني ١٠/ ٢٨٣؛ والإنصاف ٨/ ٤٠٣؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢؛ والمدونة ٢/ ٢٣٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٨٦٧.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٢١٦؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٧٢؛ والمجموع ١٧/ ٢٨.

(٤) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٧-٩٥٨؛ والمغني ١٠/ ٣١٣؛ والإنصاف ٨/ ٤١٩؛ والمدونة ٢/ ٢٤١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٩.

(٥) انظر: الحجة على أهل المدينة ٤/ ٩٧؛ وتبيين الحقائق ٢/ ٢٦٩؛ والبحر الرائق ٤/ ٨١-٨٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٢.

(٦) انظر: الأم ٥/ ٢١٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٩٢.

فالدلالة على أنه لا اعتبار بمهر المثل: أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدلالة ما ذكرنا في التي قبلها [١].

والدلالة على إبطال الزيادة على قدر الميراث بأن صادفت الثلث، لأنها متهمة في ذلك، وهو أن تكون قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض لم تكن قادرة عليه وهو وارث، فلهذا أبطلت، كما أبطلنا إقراره لوارث في مرض موته، وليس كذلك قدر الميراث، لأنها غير متهمة فيه، لأنه يقول: لو لم تخالعني كنت مستحقاً له.

[١٣٦٨/١١] **مسألة**: إذا خالع امرأته على رضاع ابنها سنتين فهو جائز، فإن مات ابنها قبل أن ترضعه سنتين رجع عليها بقيمة الرضاع للمدة المشروطة [٢].

خلافاً للشافعي في قوله: يرجع عليها بمهر مثلها [٣].

لأن التسمية صحيحة.

ولأن الرضاع مما يصح أخذ الأجرة عليه، فجاز أن يكون بدلاً في الخلع، قياساً على خدمة العبد سنة، وعلى رقبة العبد.

إذا ثبت أنها صحيحة، فقد تعذر استيفاؤها لأجل هلاك الصبي، فوجب أن

---

(١) في مسألة رقم (١٣٦٧/ ٦) من هذا الكتاب.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٥؛ والمغني ١٠/ ٢٨٤ـ٢٨٥؛ والإنصاف ٨/ ٤٠٠؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٧؛ والمدونة ٢/ ٢٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٢.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٢١٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٧٠١.

يلزمها قيمة المسمىٰ، كما لو خالعها علىٰ عبد فهلك في يدها بفعلها أنه يلزمها قيمة العبد، وقد ذكرنا هذا في الصداق إذا تلف قبل قبضه.

[١٣٦٩/١٢] / **مسألة:** إذا خالع امرأته علىٰ أن لا نفقة لها في العدة، وكانت حاملاً جاز، وبرئ من النفقة (١). [٧٨]

خلافاً للشافعي في قوله: لا يبرأ ويرجع عليها بمهر مثلها (٢).

لأن الخلع يقع علىٰ سقوط النفقة، لأن مقصودها بالخلع إسقاط المنازعة في الحقوق المتعلقة بالعقد، فلو لم يجز شرط إسقاط النفقة بقيت المنازعة فبطل مقصود العقد، ولا يلزم عليه إذا خالعها علىٰ أن لا سكنىٰ لها، لأنه يجوز، لأن السكون في بيت الزوج في حال العدة حق لها، ولهذا نقول: لو تراضيا علىٰ إسقاطه جاز، والخلع هناك يقع علىٰ أجرة المثل فيجوز،(٣) ولا يلزم عليه إذا خالعها علىٰ ما يجب لها عليه إذا قتل عبدها واستهلك ماله، لأنا اعتبرنا الحقوق المتعلقة بالنكاح، وهذا غير متعلق به (٤).

[١٣٧٠/١٣] **مسألة:** يملك الأب أن يطلق علىٰ ابنه الصغير والمجنون بعوض وبغير عوض (٥).

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٥؛ والإنصاف ٨/ ٤٠١؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٧؛ والمدونة ٢/ ٢٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٢.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢١٦؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٩٣.

(٣) لم أر لهذه الأمثلة وجهاً، لأنه يجوز في الكل.

(٤) لم أر لهذه الأمثلة وجهاً، لأنه يجوز في الكل.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١١٦؛ والإنصاف ٨/ ٣٨٦.

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي، والثانية: لا يملك ذلك [١].

وخلافاً لمالك في قوله: يملك ذلك بعوض ولا يملك ذلك بغير عوض [٢].

لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع، فجاز أن يستفيد بها إزالته إذا لم يكن متهماً، دليله: الحاكم يملك أن يزوج الصغير والمجنون، ويملك الطلاق عند الإعسار، والعنة، والإيلاء، ولا يلزم عليه الوصي يزوج ولا يطلق [٣]، لأنه قد تلحقه التهمة في ذلك.

[**١٣٧١/١٤**] **مسألة:** لا يجوز خلع الأب على ابنته الصغيرة بمالها [٤].

خلافاً لمالك [في قوله] [٥]: إنه يجوز [٦].

لأن خروج البضع من ملكه لا قيمة له فمن الوجه الذي ذكرنا [٧]، وإذا كان كذلك فقد بذل مالها في مقابلة مالا قيمة له، فوجب أن لا يصح، كما لو بذله في مقابلة خمر، أو خنزير، وميتة، ونحو ذلك، وقد وافقنا مالك على أن خروج

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٨-٥٦٩؛ والأم ٥/ ٢١٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٧٣٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ١١٦.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٢٣٩؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٩.

(٣) انظر المغني ٩/ ٤١٧.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٦؛ والمغني ١٠/ ٣٠٧؛ والإنصاف ٨/ ٣٨٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٦؛ وتبيين الحقائق ٢/ ٢٦٩-٢٧٣؛ والبحر الرائق ٤/ ٨٣؛ والأم ٥/ ٢١٣؛ والمجموع ١٧/ ٩.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر المدونة ٢/ ٢٤٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٦٨-٦٩.

(٧) انظر المسألة رقم (٦/ ١٣٦٣) من هذا الكتاب.

البضع من ملكه لا قيمة له.

[١٣٧٢/١٥] **مسألة:** إذا اختلعت الأمة نفسها من زوجها بعوض معين بغير إذن السيد فالخلع صحيح، والفرقة واقعة، ولا يملك الزوج العين، ولكن يتبع بمثله إن كان له مثل، أو بقيمته إن لم يكن له مثل بعد العتق[(١)].

خلافاً لمالك في قوله: الخلع صحيح ولا يتبع[(٢)].

لأن الزوج لم يرض بخروج البضع من ملكه إلا بعوض يحصل له، فوجب أن لا يبطل غرضه كما لو أذن لها السيد في ذلك، ويفارق هذا إذا خالعها على خمر، أو خنزير، لأنه رضي بخروجه بغير عوض، فلهذا لم يرجع.

[١٣٧٣/١٦] **مسألة:** إذ خلع امرأته بمال على أن له عليها الرجعة وقع الطلاق وبطل شرط الرجعة[(٣)].

خلافاً للشافعي في قوله: الخلع باطل، والطلاق واقع، والرجعة ثابتة، ويرد العوض عليها[(٤)].

لأنه معنى لا يلحقه الفسخ، فوجب أن لا ينتفي موجبه بالشرط / [٧٩]

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٦-٩٦٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٧؛ والمغني ١٠/ ٣٠٥؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٠؛ والمبسوط ٦/ ١٧٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨٩-٦٩٠.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٢٤٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٤٨.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٧؛ والمغني ١٠/ ٢٧٩؛ والإنصاف ٨/ ٣٩٦؛ والبحر الرائق ٤/ ٨٠؛ والفتاوى الهندية ١/ ٤٨٩؛ والمدونة ٢/ ٢٣٥؛ وبداية المجتهد ٢/ ٧٠.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٧٠٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٧١.

(كالعتق)[١]، والعفو عن دم العمد على أن له القصاص متى شاء.

[١٣٧٤/١٧] **مسألة:** إذا قالت له زوجته: طلقني ثلاثاً على ألف أو بألف، فطلقها واحدة فلا شيء له [٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن قالت له: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها [واحدة][٣] لم يكن له شيء، وإن قالت له: بألف فله ثلث الألف [٤].

وخلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: له ثلث الألف سواء (قالت)[٥] بألف أو على ألف[٦][٧].

لأنها بذلت العوض في مقابلة البينونة الكبرى، وإذا طلقها طلقة فلم يحصل لها الكبرى ولا بعضها، لأنه لا يتبعض، فلم يستحق العوض ولا شيئا منه، كما لو عقد على نصف امرأة لا تستحق شيئاً من العوض، لأنه مما لا يتبعض.

ولأن «الباء» و «على» جميعاً يدخلان البدل، بدليل أنه لو قال: أجرتك على

---

(١) في المخطوط (كالصبي) وما أثبته هو الصواب. انظر رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٧.

(٢) انظر رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٦-٩٥٧؛ والإنصاف ٨/ ٤١٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٤؛ وفتح القدير ٤/ ٢٢٥-٢٢٦؛ وتبيين الحقائق ٢/ ٢٧٠.

(٥) في المخطوط (قال).

(٦) انظر: الأم ٥/ ١٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٨٧.

(٧) مذهب المالكية في هذه المسألة أنه يلزمها الألف. جاء في تقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٥٩ ما نصه «أو قالت له: طلقني ثلاثاً بألف، فطلق واحدة، فتلزم البينونة، ويلزمها الألف . . .» اهـ. وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٥٩.

عشرة وعشرة صح، كما لو قال: بعشرة وعشرة فكانا سواء في مسألتنا.

[١٣٧٥/١٨] **مسألة**: إذا قالت لزوجها: طلقني واحدة بألف درهم. [أو][١] على ألف درهم. فقال لها: أنت طالق ثلاثاً. طلقت ثلاثاً ويلزمها الألف[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تطلق ثلاثاً وليس له شيء[٣].

لأنه إذا طلقها ثلاثاً فقد أوقع الواحدة التي سألته، إذ الواحدة داخلة في الثلاث عليها اثنتين أخريين، وهو يملك إيقاعها، فيجب أن يلزمها، كما لو سألته أن يطلقها (وحدها فطلقها وضرتها)[٤]. طلقتا جميعاً.

[١٣٧٦/١٩] **مسألة**: إذا اختلفا في قدر العوض لم يتحالفا وكان القول قول المرأة[٥].

خلافاً للشافعي في قوله: يتحالفان ويقضى بمهر (المثل)[٦][٧].

لأن يمين الزوج لا يحتاج إليها في فسخ العقد ولا في إسقاط ما ادعت المرأة،

---

(١) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/٩٦٨.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٨؛ والمغني ١٠/ ٢٩٩؛ والإنصاف ٨/ ٤١٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٥٩؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/٣٥٩؛ والأم ٥/ ٢١٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ٧١٩.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢.

(٤) في المخطوط (واحدة يرفعها).

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/٩٦٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٣٠؛ والإنصاف ٨/٤٢٢؛ والبحر الرائق ٤/ ٩٣؛ والمدونة ٢/٢٣٩؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٦٠.

(٦) في المخطوط (المهر).

(٧) انظر: الأم ٥/ ٢٢٠؛ وروضة الطالبين ٥/ ٧٢٧.

لأن الخلع لا يلحقه الفسخ ويمكننا إسقاط ما ادعت بقوله ولا يستحلف، كما لو اعترفت له بحق، فادعىٰ حقاً آخر لم تستحلف، ولا يلزم علىٰ هذا البيع، لأن اليمين يحتاج إليها لفسخ العقد، ولا يلزم عليه الإنكار في سائر الدعاوي أنه يوجب اليمين، لأن المنكر لا يمكنه إسقاط الدعوىٰ بقوله، فلهذا يستحلف، ولهذا المعنىٰ لم يثبت التحالف في النكاح عند الإختلاف في قدر المهر، ولا في عقد الكتابة (١).

ولأن إيجاب مهر المثل يؤدي إلىٰ أن يأخذ الزوج أكثر مما يدعي، لأنه قد يدعي عوضاً هو دون مهر المثل فلا يجوز أن يحكم له بزيادة عليه، كسائر الدعاوىٰ.

[١٣٧٧/٢٠] **مسألة**: إذا خالعها أو بارأها (٢) علىٰ عبد أو ثوب أو دينار صح الخلع بالعوض ويتراجعان بمال كل واحد منهما علىٰ صاحبه من المهر وغيره، فإن كان الخلع قبل الدخول بها رجع إليه نصف المهر مع عوض الخلع، وإن كانت قد قبضت المهر أخذ منها نصف المهر، وإن لم تكن قبضته سقط النصف وأخذت منه النصف ودفعت إليه مال الخلع (٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الخلع يوجب البراءة، فإن كان قد أعطاها المهر لم يرجع عليها بنصفه إذا كان الخلع قبل الدخول، وكذلك إن لم يكن دفع إليها

---

(١) انظر المغني ١٤/ ٢٣٦.

(٢) قال الإمام مالك: المبارأة التي تباري زوجها قبل أن يدخل بها، فتقول: خذ الذي لك فتاركني ففعل. اهـ. المدونة ٢/ ٢٣٧.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٦؛ والمغني ١٠/ ٣٧٣-٣٧٤؛ والإنصاف ٨/ ٤٠٥-٤٠٨؛ والمدونة ٢/ ٢٣٧؛ والأم ٥/ ٢١٦.

الزوج المهر لم يلزمه أن يدفع ذلك إليها بعد الخلع والمبارأة [١] .

لأن المهر حق، فلا يسقط بالخلع إذا كان لفظ الطلاق يوجب أن لا يسقط إذا كان بلفظ الخلع والمبارأة، أصله: نفقة / العدة إذا كانت حاملاً، وسائر الديون [٨٠] الواجبة بغير النكاح .

أو نقول: نصف المهر الذي هو حقه لم يجب له، فلا يصح الإبراء منه، كنفقة العدة، والنصف الذي هو لها فلا يتناوله الإبراء، لأن قوله: خلعتك، أو بارأتك لا يوجب براءته من حقها، وإنما يجب براءتها من حقه .

[**١٣٧٨/٢١**] **مسألة:** إذا قال لها: إن أعطيتني ألفاً، أو قال لها: إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق فهو على التراخي فمتى أعطته ألفاً وقع الطلاق، وكذلك إذا قال لها: طلقي نفسك بألف، أو على ألف فهو على التراخي، فمتى طلقت نفسها استحق العوض[٢] .

خلافاً للشافعي في قوله: هو على الفور وإن تراخيا بطل[٣] .

لأن المغلب فيه الصفة، بدليل: أنه يصح تعليقه بشرط، فيقول: إن أعطيتني

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٢/ ٢٧٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٢؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٢٦٥ .

(٢) وبه قال مالك . انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٩؛ والمغني ١٠/ ٢٩٢-٢٩٣؛ والإنصاف ٨/ ٤١٠؛ والمدونة ٢/ ٢٣٥ .

(٣) الذي يظهر لي أن رأي الشافعي في هذه المسألة على التراخي، حيث جاء في كتاب الأم للشافعي ٥/ ٢١٢ ما نصه: «إن قال متى أعطيتيني، أو أي وقت أعطيتيني، أو أي حين أعطيتيني ألفا فأنت طالق، فلها أن تعطيه ألفاً متى شاءت وليس له أن يمتنع من أخذها . . . لأن هذا كله غاية كقوله متى دخلت الدار فأنت طالق . . . فليس له أن يقول: قد رجعت فيما قلت، وعليه متى دخلت الدار . . . أن تطلق . اهـ وانظر: الحاوي الكبير ١٠/ ٤٣ .

ألفاً فأنت طالق، وبالمشيئة فيقول: أنت طالق إن شئت بألف، فلم يقف القبول علىٰ الفور كالمعتق علىٰ مال.

ولأنه لو قال: متىٰ أعطيتني، ومتىٰ ما أعطيتني، أو قال: أي وقت، أو أي حين أعطيتني فأنت طالق. فإنه علىٰ التراخي، كذلك ها هنا.

[**١٣٧٩/٢٢**] **مسألة**(*): إذا علق طلاقها بصفة، ثم أبانها ووجدت الصفة في حال البينونة، ثم تزوجها، أو وجدت الصفة ثانياً في النكاح الثاني وقع عليها الطلاق[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما][٣]: لا يقع الطلاق[٤].

لأن قوله: أنت طالق إن دخلت الدار، أو كلمت أباك، معناه وأنت زوجتي، لأنه منعها من ذلك يمين الطلاق ولا غرض له في منعها من ذلك وهي بائن منه، فيجب أن يكون مقصودهُ علىٰ الملك، كما قالوا فيه: لو قال: أنت طالق إن أكلت الرؤوس. أنه محمول علىٰ رؤوس الأنعام[٥]، وكذلك لو قال: أنت طالق إن شربت من هذا النهر. فغرف وشرب حنث[٦] وإن لم يكرع بفيه اعتباراً بالقصد

(*) هذه المسألة محلها كتاب الطلاق.

(٢) وبه قال المالكية انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣٨١٣٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٦٩؛ والإنصاف٨/ ٤٢٣، والمعونة ٢/ ٨٥٧.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧٦؛ وفتح القدير ٤/ ١٣٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٧.

(٥) انظر كشاف القناع ٦/ ٢٦٣.

(٦) انظر المرجع السابق ٥/ ٣١٨.

والعرف، وكذلك إذا حلف إذا دخلتُ بيتاً وهو حضري، فدخل بيت شعر لم يحنث عندهم.

[١٣٨٠/٢٣] **مسألة:** إذا قالت المرأة لزوجها: اخلعني ولك ألف درهم. أو قالت: طلقني ولك ألف درهم. ففعل ذلك وقع الطلاق ولزمها الألف[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقع ولا يلزمها شيء، وإن كان بلفظ الخلع فهي بائن، وإن كان بلفظ الصريح فهي رجعي[(٢)].

لأن هذا اللفظ يستعمل على وجه البدل، ألا ترىٰ أنه لو قال: احمل هذا الطعام إلىٰ منزلي ولك درهم كان بمنزلة قوله: احمله بدرهم، وكذلك لو قال: خط لي هذا الثوب ولك درهم. إن الدرهم يكون بدلاً للخياطة.

[١٣٨١/٢٤] **مسألة:** إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة علىٰ ألف درهم علىٰ أني بالخيار ثلاثة أيام. فقبلت المرأة، أو شرط الخيار للمرأة وقع الطلاق وبطل شرط الخيار[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان الخيار للرجل وقع الطلاق وبطل الخيار وإن كان للمرأة ثبت الخيار ولم يقع الطلاق، حتىٰ تسقط خيارها[(٤)].

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٠؛ والمغني ١٠/ ٣٠٠؛ والإنصاف ٨/ ٤١١؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٢٥، وروضة الطالبين ٥/ ٧٠٤.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٤-٢٩٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨١.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧١؛ والمغني ١/ ٢٧٩.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٢/ ٢٧١؛ والبحر الرائق ٤/ ٩٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٤٨٢؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٥٩.

لأن من أصلنا أن خيار المشتري لا يمنع دخول الشيء في ملكه، كذلك خيار المرأة في المال لا يمنع دخول الطلاق في ملكها إذ هي كالمشتري للطلاق، والخيار مشروطاً للفسخ، والطلاق لا يلحقه الفسخ، فوقع الطلاق/ وبطل الخيار. [٨١]

[١٣٨٢/٢٥] **مسألة**: إذا خالعها على هذا الدن خل، فإذا هو خمر فعليها قيمة الخل، وكذلك لو خالعها على عبد فخرج حر(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليها المسمى(٢).

وللشافعي في قوله: يرجع إلى مهر المثل(٣).

لأن كل عين يجب تسليمها مع وجودها، فإذا تلفت من غير أن يبطل سبب استحقاقها فالواجب بدلها، كالمغصوب، والقرض، والعارية.

[١٣٨٣/٢٦] **مسألة**: إذا خالعها على عبد، فوجده حلال الدم بقصاص أو غيره، فقتل عبده، فإنه يرجع عليها بأرش العيب(٤).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يرجع عليها بقيمته(٥).

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٦؛ والمغني ١٠/ ٢٩٥؛ والإنصاف ٨/ ٤٠٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٢.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/ ٢٢٠؛ وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤/ ٢٢٠.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٦٩٤؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٦٥.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧١؛ والإنصاف ٨/ ٤٠٠.

(٥) وبه قال الإمام مالك، وذهب الشافعي إلى أن عليه مهر مثلها. انظر: البحر الرائق ٤/ ٨٤؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦١؛ المدونة ٢/ ٢٣٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٢؛ والأم ٥/ ٢١٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٦٩٤

لأن كونه حلال الدم لا يمنع بقاءه علىٰ ملك صاحبه وجواز بيعه ووقوع الملك للمشترىٰ، فإذا قتل في يده قتل علىٰ ملكه ويرجع عليها بأرش العيب، كما لو اشترىٰ جارية بها حمىٰ ، أو حبل، وهو لا يعلم فماتت من ذلك أنه لا يرجع بجميع الثمن وإنما يرجع بقيمة النقصان [١].

(١) انظر المغني ٦/ ٢٤٧ .

كتاب الطلاق[١]

[١٣٨٤/١] **مسألة:** لا تنعقد صفة الطلاق قبل النكاح لا في عموم النساء ولا في خصوصهن، فإذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أو قال: إذا تزوجت فلانة فهي طالق. لم يتعلق به حكم[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تنعقد الصفة في الخصوص والعموم[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: تنعقد في الخصوص ولا تنعقد في العموم[٤].

لأن كل من لم يقع طلاقه المباشر لم تنعقد له صفة، كالمجنون، والطفل، وعكسه الزوج، ولا يدخل عليه إذا عقد الصفة في ملك ووجدت في ملك ثان أن الصفة تنعقد، لأن تلك المرأة يقع فيها طلاقه المباشر في النكاح الذي عقد فيه الصفة، ولا يدخل عليه إذا عقد الصفة وهو عاقل ثم جن فإن طلاقه المباشر لا

---

(١) الطلاق لغة: عبارة عن حل التيد والإطلاق، ولكن جعل في المرأة طلاقاً، وفي غيرها: إطلاقا، يقال: طلق الرجل امرأته تطليقا فهو مطلق، ويقال: أطلقت الأسير إذا حللت أساره وخليت عنه. انظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة «طلق».

وشرعاً: حل قيد النكاح. انظر: المغني ١٠/ ٣٢٣؛ والدر النقي ٣/ ٦٧١.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٥٧؛ ومسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٢٤٨، ٤٣٥، ٢/ ٣٣٢؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٣٩-١٤٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٧٢؛ والإنصاف ٩/ ٥٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٤؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٩٢.

(٣) انظر: الحجة ٣/ ١٢٨؛ واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ٢٠٢-٢٠٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٠٧؛ والغرة المنيفة ص ١٥٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٠.

(٤) انظر: المدونة ٢/ ١١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٢.

يقع، ويقع طلاقه بالصفة، لأنا قلنا: وجب أن لا تنعقد له صفة، وها هنا لا تنعقد له صفة، وإنما يقع بصفة متقدمة، ولا يلزم عليه المرتد إذا قال: إن أسلمت فأنت طالق. أنه يقع هذا الطلاق بالصفة وإن لم يقع طلاقه المباشر، لأنه لا يحكم بانعقاد الصفة، ولا بوقوع الطلاق المباشر في الحال، بل ذلك موقوف على الإسلام، فإن أسلم حكمنا بوقوع الطلاق المباشر وانعقاد الصفة، وإن لم يسلم لم يحكم بواحد منهم، ولا يلزم عليه إذا قال لها وهي حائض: أنت طالق للسنة في الحال لم يقع، ولو قال: أنت طالق للسنة إذا طهرت صح [ ][1] لكل من لم يقع طلاقه المباشر، والزوج يقع طلاقه المباشر على الحائض، وهو إذا قال لها: أنت طالق على أن طلاق السنة هو في الطهر فلا يصح تعجيله، فإذا قال لها: أنت طالق. للسنة في الحال. وهي حائض كان قوله «في الحال» لغوا، ويبقى أنت طالق للسنة فتقع إذا طهرت، ويكون هذا بمنزلة أن يقول: أنت طالق إذا دخلت الدار. ثم يقول لها: عجلت لك تلك الطلقة فأوقعها في الحال. فلا تعجل ولا تقع، كذلك هاهنا.

ولأنه طلاق معلق بصفة، فوجب أن لا يصح في غير ملك / ومثله إذا قال: [٨٢] إن دخلت الدار فأنت طالق. ثم تزوجها، ودخلت الدار، فإن الطلاق لا يقع، كذلك هاهنا.

ولا معنى لقولهم: إن هناك لم يضف الصفة إلى ملك، وها هنا قد أضافها إلى ملك، لأن تعليق الطلاق بالصفة قبل النكاح لو كان صحيحاً لم يكن فرق بين

---

(١) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكل المخطوط.

المضاف إلىٰ الملك وبين غيره، كما إذا علق طلاق زوجته بالصفة لا فرق بين المضاف إلىٰ ملكه وبين غيره.

[١٣٨٥/٢] **مسألة:** إذا طلق في حال الحيض والطهر المجامع فيه فعل محرماً ووقع طلاقه[١].

خلافاً لداود، والشيعة في قولهم: لا يقع[٢].

لما روىٰ نافع أن ابن عمر طلق امرأته تطليقةً وهي حائض، فسأل عمر[رسول الله ﷺ][٣] فأمر النبي ﷺ أن يراجعها، ثم يمهلها حتىٰ تحيض حيضة أخرىٰ، ثم يمهلها حتىٰ تطهر، ثم يطلقها»[٤]. فلولا أن طلاقه كان قد وقع لما أمره بالرجعة.

ولأنه طلاق من مكلف صادف ملكه باختياره فوقع، كما لو طلق في حال الطهر.

[١٣٨٦/٣] **مسألة:** فإن طلق في حال الحيض أو الطهر الذي جامع فيه استحب له الرجعة ولم يجب[٥].

---

(١) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/٩٧٣؛ والمغني ١٠/٣٢٧؛ والإنصاف ٨/٤٤٨؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٩٣-٩٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/٢٤٨-٢٤٩؛ والمدونة ٢/٦٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٢؛ والأم ٥/١٩٣؛ ومغني المحتاج ٣/٣٠٧-٣٠٨.

(٢) انظر: المحلىٰ ١٠/١٦١؛ والمغني ١٠/٣٢٧.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) رواه البخاري في الطلاق: باب قول الله تعالىٰ: ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ﴾ (٥٢٥١) ٣/ ٤٠٠؛ ومسلم في الطلاق: باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها (١٤٧١) (٣) ٢/ ١٠٩٤.

(٥) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/٩٧٣؛ والمغني ١٠/٣٢٨؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٩٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/٢٤٩؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٦١؛ وروضة الطالبين ٦/٦؛ ومغني المحتاج ٣/٣٠٩.

خلافاً لمالك في قوله : تجب عليه الرجعة إذا كان الطلاق رجعياً[1] .

لأنه استباحة بضع فلم يكن واجباً كابتداء النكاح ، ونريد بالاستباحة استدامتها فيما بعد العدة .

ولأنها عدة تثبت بالطلاق ، فوجب أن لا يلزمه دفعها ، أصله : إذا طلقها في حال الطهر .

[**١٣٨٧/٤**] **مسألة:** التطليقات الثلاث بكلمة واحدة ، أو بكلمات في طهر واحد بدعة[2] .

خلافاً للشافعي ، والثانية : هو مباح[3] .

لما روي أن ابن عمر طلق امرأته تطليقة وهي حائض ، ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرئين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : «يابن عمر ما هكذا أمرك الله ، إنك قد أخطأت في السنة ، فالسنة أن تستقبل الطهر ، فتطلق لكل قرء» فقلت : يارسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال :

(١) انظر : المدونة ٢/ ٦٩ ؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٢ .

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة وبه قال الحنفية ، والمالكية . انظر : كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٤٥-١٤٧ ؛ ورؤوس المسائل ٢/ ٩٧٣ ؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٥٩-٩٦٠ ؛ والمغني ١٠/ ٣٣٤ ؛ والإنصاف ٨/ ٤٥١ ؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٤٠٨ ؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦١ ؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٣ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٦/ ١٠ ؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣١١ ؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٣٨ .

«لا، كانت تبين منك وتكون معصية»[١]. منه دليلان، أحدهما: قوله: «أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر».

والثاني: [قوله][٢]: أفرأيت لو طلقتها ثلاثاً . . . فقال: «تكون معصية» وهذا نص في تحريم ذلك.

ولأن الطلاق بمنزلة الجماع[٣] (ولم ينقل)[٤] أن الجماع يقع لكل واحد منهما، ثم ثبت أن الوطء يمنع إيقاع الطلاق، كذلك الطلاق يمنع إيقاع طلاق بعده.

[١٣٨٨/٥] **مسألة:** ويقع مع كونه محرماً[٥].

خلافاً لداود، والإمامية[٦] في قولهم: لا يقع[٧].

---

(١) رواه الدارقطني في الطلاق (٨٤) ٤/ ٣١ من طريق عطاء الخراساني، عن الحسين، عن ابن عمر. والبيهقي في الخلع والطلاق: باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث وإن كن مجتمعات. السنن الكبرى ٧/ ٣٣٤ من طريق منصور الرازي، نا شعيب بن رزيق أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن نا عبدالله بن عمر فذكره. قال الزيلعي: أعلّه البيهقي في «المعرفة» بعطاء الخراساني، وقال: إنه أتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها، وهو ضعيف في الحديث. لا يقبل ما تفرد به. انظر: نصب الراية ٣/ ٢٢٠، وقال ابن حجر: عطاء بن أبي مسلم الخراساني صدوق يهم كثيراً، ويرسل ويدلس. انظر: تقريب التقريب ٢/ ٢٣.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) هكذا بالمخطوط ولم يتضح لي، ولا أدري بأي شيء يكون الطلاق بمنزلة الجماع.

(٤) كلمتان لم تتضح في المخطوط لوجود تآكل فيه ولعلها ما أثبت.

(٥) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٤؛ والمغني ١٠/ ٣٣٤؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٩٦؛ وتبيين الحقائق ٢/ ١٩٤؛ والمدونة ٢/ ٦٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٢؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٨٤.

(٦) الإمامية: هم القائلون بإمامة علي ــ رضي الله عنه ــ بعد النبي ﷺ نصاً ظاهراً وقد وقعوا في كبار الصحابة طعناً وتكفيراً، وقالوا: إن أكثر الصحابة ضلوا بتركهم الاقتداء به بعد وفاة النبي ﷺ، وقد اتفقوا على الإمامة في علي وذريته من بعده إلى جعفر بن محمد الصادق، واختلفوا في المنصوص عليه بعده من أولاده، والإمامية فرق شتى. انظر: مقالات الإسلاميين ١/ ٨٨ـ٨٧؛ والملل والنحل للشهرستاني ١/ ١٦٢ـ١٦٥.

(٧) انظر: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٥١٢؛ ولم أقف على قول داود.

والزيدية[١] في قولهم: يقع طلقة واحدة رجعية[٢].

لقوله تعالىٰ ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[٣] يعني ندماً، فلولا أنه يقع لم يكن لهذا القول معنىٰ لما تقدم من حديث ابن عمر وقوله: يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا، كانت تبين منك وتكون معصية».

وروىٰ / جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده قال: أتىٰ علي بن أبي طالب برجل طلق امرأته بعدد نخيل الفرات فجلده بالدرة بيده، وقال: إنما يجزيك من ذلك ثلاث، ثم فرق بينهما»[٤].

ولأنه إزالة ملك يصح منفرداً فصح مجتمعاً، دليله: سائر الأملاك.

[١٣٨٩/٦] **مسألة:** طلاق السنة واحدة فقط، ولا يطلق في كل طهر طلقة، فإن فعل فالأولىٰ للسنة والأخريان للبدعة[٥].

---

(١) الزيدية: هم أتباع زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنهم ـ ساقوا الإمامة في أولاد فاطمة ـ رضي الله عنها ـ ولم يجوزوا ثبوت الإمامة في غيرهم، إلا أنهم جوزوا أن يكون كل فاطمي عالم شجاع سخي خرج بالإمامة أن يكون إماماً واجب الطاعة، ومن مذهبهم جواز إمامة المفضول مع قيام الأفضل، ثم بعد ذلك طعنت في الصحابة طعن الإمامية، وهم أصناف ثلاثة: جارودية، وسليمانية، وبترية. ومكان وجودهم اليوم في اليمن الشمالي. انظر: مقالات الإسلاميين ١/ ١٢٩؛ والملل والنحل للشهرستاني ١/ ١٥٤ـ١٥٧.

(٢) انظر: سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ٣/١٠٨٧.

(٣) الطلاق «١».

(٤) لم أقف عليه.

(٥) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٦٥٩؛ والمغني ١/ ٣٢٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٧١؛ والإنصاف ٨/ ٤٤٨؛ والمدونة ٢/ ٦٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٢؛ والأم ٥/ ١٩٢.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: السنة أن يطلق لكل قرء طلقة[١].

لما روي عن عبدالله[٢] قال: من أراد الطلاق الذي هو الطلاق فليمهلها حتىٰ إذا طهرت طلقها تطليقة في غير جماع، ثم يدعها حتىٰ تنقضي عدتها، فإن تَبِعَها نفسه أَتْبَعَهَا نفسه وأشهد رجلين علىٰ رجعتها، وأن لا يطلقها ثلاثاً وهي حامل»[٣].

ولأنه إرداف طلاق من غير جماع، فلم يكن للسنة، أصله: إذا طلق في الطهر الواحد ثلاثاً.

[١٣٩٠/٧] **مسألة**: إذا طلق الحائض للسنة لم يقع الطلاق في الحال، فإذا طهرت وقع عليها في أول جزء من أجزاء الطهر[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن طهرت لأكثر الحيض وقع علىٰ ما ذكرنا، وإن طهرت لدون ذلك لم يقع عليها إلا أن تغتسل[٥].

لأن كل طهر يقع عليه فيه الطلاق للسنة بعد الغسل جاز أن يقع قبله، كما لو

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٨٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٧.

(٢) هو عبدالله بن مسعود الهذلي.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في الطلاق: ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو؟ المصنف ٥/ ٤ من طريق وكيع، عن اسرائيل، عن أبي إسحاق، عن أبي الأحول، عن عبدالله. وهذا الأثر إسناده صحيح.

(٤) وبه قال الشافعية، واختلف قول مالك مرة قال يقع الطلاق في الحال، ومرة قال إذا طهرت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٠؛ والإنصاف ٨/ ٤٥٦؛ والمدونة ٢/ ٦٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٠٩.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٢.

طهرت لأكثر الحيض.

[١٣٩١/٨] **مسألة:** إذا قال لامرأته: أنت طالق كألف. فهي ثلاث، فإن قال: نويت واحدة. لم يصدق[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن نوى واحدة فواحدة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن لم يكن له نية فواحدة بائنة[(٢)] [(٣)].

لأن الظاهر تشبيهه بالألف واقع من جهة العدد، فوجب أن تكون ثلاثاً، كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً.

[١٣٩٢/٩] **مسألة:** فإن قال لها: أنت طالق بعدد الماء والتراب ونحوهما فهي ثلاث[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي واحدة بائنة[(٥)].

لأن هذه الأشياء مما تتعدد، فإن المطر من جملة الماء وتتعدد نقطة، ويتعدد بالعذب والمالح، وبأماكنه، كذلك التراب يتعدد بالأحمر والأبيض، والسباخ المالحة، والأحمر العذب، ويتعدد بأماكنه أيضاً، فهو كما لو قال: كالرمل والحصى.

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٦؛ والإنصاف ٩/ ١٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٠، وفتح القدير ٤/ ٥١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٦.

(٣) قال أبو العباس الروياني من الشافعية في هذه المسألة: إنه إن نوى عدداً وقع، وإلا فواحدة. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٧٧.

(٤) وبه قال البغوي من الشافعية. انظر: رؤووس المسائل ٣/ ٩٧٦؛ والإنصاف ٩/ ١٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٢.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٢/ ٢١٢؛ والفتاوى الهندية ١/ ٣٧٠.

[١٣٩٣/١٠] **مسألة:** فإن قال لها: أنت طالق مثل الجبل. طلقت واحدة رجعية، وكذلك لو قال: مثل عظم الجبل، وكذلك لو قال: أنت طالق أشد الطلاق، أو أطوله، أو أقصاه، أو أعرضه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي واحدة بائنة[٢].

لأ[نها][٣] مطلقة يلحقها الطلاق فلا تكون بائناً، كما لو قال: أنت طالق.

ولأن «أشد» تحتمل أشد عليّ لحبي لك، أو أشد عليك لحبك لي، وكذلك قوله: أطول الطلاق وأعرضه لا يراد به العدد في العادة، وإذا لم يرد به العدد كان رجعيا.

[١٣٩٤/١١] **مسألة:** فإن قال: أنت طالق ملء مكة، أو المدينة، أو الحجاز، أو الدنيا، أو الكون. طلقت واحدة رجعية / ، وكذلك لو قال: واحدة تملأ مكة، [٨٤] والكون، والدنيا[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تكون واحدة بائنة[٥].

---

(١) وبه قال المالكية والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٦؛ والإنصاف ٩/ ١١-١٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٦٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٢.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٠؛ وفتح القدير ٤/ ٥١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٦.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٧؛ والإنصاف ٩/ ١١-١٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٦٤؛ وتقريرات محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٦٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٢.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٠؛ وفتح القدير ٤/ ٥٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ١٦٦.

لما تقدم من أنها (مطلقة)[١] يلحقها طلاقه، فهو كما لو قال: أنت طالق.

ولأن الطلقة لا تنقل خبراً من المكان، لأنها حكم، وإنما قصد أنها تملأ مكة بالذكر ويسمع فيها، وتكون رجعية لما ذكرنا أنه يلحقها طلاقه.

[١٣٩٥/١٢] **مسألة:** إذا قال الرجل لامرأته: إذا طلقتك فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً. ثم طلقها وقع عليها الطلاق الذي أوقعه ووقع بالشرط تمام الثلاث في الحال[٢].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لا يقع على هذه المرأة طلاق أبداً[٣].

وكذلك الخلاف إذا كان العبد بين شريكين فقال أحدهما لصاحبه: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل عتق نصيبك. فأعتق شريكه نصيبه.

لأن قوله: «أنت طالق» لفظ إيقاع، وقد علقه بصفة تمنع إيقاعه، وهو أن يتقدمه طلاق ثلاث، وذلك غير ممكن، فوجب أن تسقط الصفة ويقع كما لو قال لها: «أنت طالق أمس». فإنه يقع الطلاق في الحال، وتلغو الصفة.

[١٣٩٦/١٣] **مسألة:** فإن قال لامرأته: إذا طلقتك طلقة أَمْلِكُ فيها الرجعة فأنت طالق ثلاثاً. ثم طلقها طلقة وقع عليها الثلاث[٤].

---

(١) في المخطوط (تطليقه) ولعله خطأ من الناسخ. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٧.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧١-٩٧٢؛ والمغني ١٠/ ٤٢٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤١٧؛ والإنصاف ٩/ ٨٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٦؛ وفتح القدير ٤/ ٣٢؛ والمدونة ٢/ ١١٦-١١٨.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ١٤٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣١٦.

(٤) وبه قال المالكية انظر: المغني ١٠/ ٤٢٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٩٥؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٥٢.

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لايقع عليها شيء [(١)].

لأن التطليقة صفة للثلاث وقد جاء بها، وغير ممتنع أن يقال: الطلقة التي أوقعها وقعت رجعية، وإن كانت قد تعقبها الثلاث الذي يمنع الرجعة، كما لو قال: [إذا] [(٢)] قبلت نكاحك (فأنت)[(٣)] طالق، أو قال: إذا ملكت هذا العبد فهو حر.

[١٣٩٧/١٤] **مسألة:** إذا ضرب زوجته وقال: هذا طلاقك ونوىٰ الطلاق، أو كان جواباً عن سؤالها الطلاق وقع[(٤)].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لايقع[(٥)].

فهذه الإضافة طلاق نوىٰ الطلاق أو لم ينوه، لأن قوله: هذا طلاقك. تقديره: هذا أوان طلاقك.

ولأنه علق طلاقها بضربه أو بغيره من الأفعال، فلما وجد الفعل وقع الطلاق، فيكون قوله: هذا طلاقك إخبار عن إيقاع طلاق متعلق بصفة وقد وجدت صفته فوقع، كقوله: اعتدي. تقديره: لأني قد طلقتك، وكذلك قوله: استبري رحمك. تقديره: لطلاق وقد أوقعته، كذلك ها هنا.

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٦/ ١٤٣.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

(٣) في المخطوط (أنت).

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٥؛ والمغني ١٠/ ٣٦٠؛ والإنصاف ٨/ ٤٦٨.

(٥) منهم المالكية، والشافعية. انظر: حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٣٨٣؛ والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤/ ٨٨.

وعلىٰ القول هذا: أو أطعمها وسقاها، أو ألبسها ثيابها و[قال][١]: هذا طلاقك. وقع الطلاق علىٰ ظاهر تعليل أحمد، لأنه قال في رواية ابن منصور[٢]: ثلاث لا لعب فيهن[٣].

[١٣٩٨/١٥] **مسألة:** فإن وهب الرجل زوجته لأهلها ونوىٰ الطلاق، أو كانا في ذكر الطلاق، أو الخصومة، فإن لم يقبلوها لم يقع شيء، وإن قبلوها وقع[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: إذا نوىٰ وقع سواء / قبلها أهلها أو لم يقبلوها[٥]. [٨٥]

لأن قوله: وهبتك تمليك للبضع، فافتقر إلىٰ قبول، كقوله: اختاري، وأمرك بيدك. فإنه لا يقع بمجرد التخيير و الأمر حتىٰ يوجد من جهتها اختيار لنفسها وإيقاع طلاق، كذلك يجب أن لا يقع ها هنا حتىٰ يوجد من جهة الأهل قبول.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه يصح تمليكها لبضعها، فلهذا افتقر إلىٰ قبولها، وها هنا لا يصح تمليكها لأهلها، فلم يفتقر إلىٰ القبول، لأن الزوجة لو كانت أمة فقال لها: وهبتك لسيدك. فلم يقبلها السيد وقع الطلاق عندهم، وإن كان ممن يصح منه

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) هو اسحاق بن منصور الكوسج.

(٣) وهن النكاح والطلاق، والعتق.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٠٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٧؛ والمغني ١٠/ ٣٧٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٠٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٥؛ والمنتقى ٤/ ١٣-١٤.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٣؛ وفتح القدير ٤/ ٦٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٨.

ملك البضع .

ولأن العقد إذا كان يقتضي التمليك فإنه يعتبر القبول فيه سواء كان العقد مما يصلح أن يملك أولا يملك ، كالخلع يعتبر فيه القبول سواء وجد من الزوجة التي يملك بضعها ، أو كان من أجنبي لا يصح أن يملك ، كذلك ها هنا .

[١٣٩٩/١٦] **مسألة:** إذا قال لامرأته : فارقتك ، أو سرحتك وقع الطلاق وإن لم ينوه[١] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن لم يرد به الطلاق لم يقع شيء[٢] .

لأنه لفظ ورد به القرآن ، والمقصود منه الفرقة بين الأزواج فكان صريحاً ، أصله : لفظة الطلاق ، ولا يلزم عليه لفظ الافتداء أن القرآن ورد بها بقوله : ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ** ﴾[٣] وليس بصريح فيه ، لأنا إن قلنا : إن الخلع فسخ . كان لفظ الإفتداء صريح في الفسخ ، وإن قلنا : إن الخلع طلاق . فإن لفظ الافتداء كناية ينوي فيه فعلا ، هذا لا يلزم لأنا احترزنا عنه بقولنا : «والمقصود منه الفرقة بين الأزواج» والافتداء القصد منه إباحة المال ، لأنه فسخ ، كقوله تعالى : ﴿ **وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا** ﴾[٤] .

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة ، والمالكية ، والشافعية . انظر : رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٧ ؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٥ ؛ والمغني ١٠/ ٣٥٥ ؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٩٦ ؛ والإنصاف ٨/ ٤٦٢ ؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٤ـ٤٧٥ ؛ والأم ٥/ ٢٧٦ ؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤ـ٢٥ .

(٢) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٣ ؛ وفتح القدير ٤/ ٦٤ .

(٣) البقرة «٢٢٩» .

(٤) النساء «٢٠» .

ولأنه إزالة ملك مبنىٰ علىٰ التغليب والسراية، فوجب أن يريد صريحها علىٰ لفظ واحد، أصله: العتق، فإن صريحه لفظ العتق والتحرير.

ولأن الصريح أحد نوعي الطلاق، فلم يقف علىٰ كلمة واحدة، كالكنايات.

[١٧/ ١٤٠٠] **مسألة:** إذا أتىٰ بالكنايات الظاهرة كالخلية، والبرية، والبائن، وبته، وحبلك علىٰ غاربك، والحقي بأهلك من غير نية للطلاق، ولا دلالة حال، وهو سؤالها الطلاق لم يقع الطلاق(١).

خلافاً لمالك في قوله: يقع الطلاق(٢).

لأنه لفظ لم يرد به القرآن في الفرقة بين الأزواج، فلم يكن صريحاً، أو نقول: فلم يقع به الطلاق من غير نية أو ما يدل عليها، دليله: الكنايات الخفية نحو قوله: تقنعي، وتجرعي، وذوقي، واخرجي، وعكسه لفظة الطلاق، والسراح، والفراق(٣).

[١٨/ ١٤٠١] **مسألة:** فإن نوىٰ بها الطلاق، أو كان جواباً عن سؤالها الطلاق

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، الحنفية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٦، وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٤٣ـ١٤٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٧٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٦؛ والإنصاف ٨/ ٤٨٠؛ واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٨٨ـ١٨٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٠؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٦٧؛ والأم ٥/ ٢٧٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٧.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٥؛ والمنتقىٰ ٤/ ٨.

(٣) فإن هذه الألفاظ ورد بها القرآن في الفرقة بين الأزواج. قال تعالىٰ: ﴿ **فطلقوهن لعدتهن** ﴾ [الطلاق: ١]. وقال: ﴿ **وسرحوهن سراحاً جميلا** ﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وقال: ﴿ **أو فارقوهن بمعروف** ﴾ [الطلاق: ٢].

كان ثلاثاً [١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تكون واحدة بائنة [٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: واحدة رجعية [٣].

وخلافاً لمالك في قوله: إن كانت غير مدخول بها فهي واحدة، وإن كانت مدخولاً بها فهي ثلاث [٤].

فالدلالة على الشافعي: أنه أوقع الطلاق بلفظ / يقتضي البينونة وهي يملك [٨٦] إيقاعها، فوجب أن يقع الطلاق على الوجه الذي يقتضيه لفظه، كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً. وقع على الوجه الذي يقتضيه لفظه، ولا يلزم عليه الكنايات الخفية، لأنها لا تقتضي البينونة، ولا يلزم عليه قوله: «أنت طالق لا رجعة لي فيه» لأنه ثلاث نص عليه، وكذلك قوله: «طالق ولا رجعة لي عليك» ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دنانير مغربية، أو قال: بعتك بعشرة دنانير وهي مغربية، فإنهما سواء في الصحة، ولايلزم عليه: أنت طالق، أن فيه معنى البينونة، لأنه يقتضي اطلاقها، ولا يلزم عليه أنت طالق أن فيه معنى البينونة، لأنه يقتضي اطلاقها من عقد النكاح، ومع هذا فهو واحدة، لأن قوله: «أنت طالق» مقتضاه

---

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٢٤٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٧٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٦؛ والإنصاف ٨/ ٤٨٠-٤٨٣.

(٢) انظر: اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلى ص ١٨٩؛ ومختصر الطحاوي ص ١٩٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ١٦٧.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٢٧٦؛ والحاوي الكبير ١٠/ ١٦٠.

(٤) انظر: المنتقى ٤/ ٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٧٩.

في الشرع منقول عن مقتضاه في اللغة باتفاق، لأن الشرع أثر في اباحته، لأن الرجعة من طلقة، وهي مباحة، ويقتضي قوله: «أنت باين» غير منقول، لأن الشرع لم يؤثر في اباحته فنقله عن مقتضاه.

والدلالة على أبي حنيفة: أنه لفظ تقع بها البينونة صادف مدخولاً بها من غير عوض فكانت ثلاثاً، دليله: إذا نوى الثلاث، أو طلق ثلاثا، ولا يلزم عليه المطلقة قبل الدخول، لقولنا «مدخولاً بها»، ولا يلزم عليه المختلعة، لقولنا: «من غير عوض».

والدلالة على مالك (أن)[1] كل بينونة أوجبت الثلاث في حق المدخول بها أوجبته في حق غير المدخول بها، دليله: أنت طالق ثلاثا.

[١٤٠٢/١٩] **مسألة:** كنايات الطلاق إذا انضمت إليها دلالة الحال من ذكر الطلاق في الغضب لم يفتقر إلى نية، وإذا أتى بها وقال: لم أرد الطلاق. لم يصدق[2].

خلافاً للشافعي في قوله: يصدق[3].

لأن دلالة الحال تؤثر في حكم الكمال، بدلالة: أن اللفظة الواحدة تحمل على المدح تارة وعلى الذم أخرى لما يقارنها من دلالة الحال، ألا ترى أنك تقول

---

(١) في المخطوط (أنه).

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٧٨؛ والمغني ١٠/ ٣٦٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٩٩؛ والإنصاف ٨/ ٤٨١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٣؛ وفتح القدير ٤/ ٦١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٥؛ والمنتقى ٤/ ٨.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٢١٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٢.

للمستحق للمدح: يا فاضل، فتمدحه بذلك، وإن كانت الحال للذم قلت له: يافاضل، وأنت تريد وصفه بغير ذلك، والصيغة واحدة، فقد استعملت في الشيء وضده لدلالة الحال، ويبين هذا قوله تعالىٰ: ﴿ **وَاسْتَفْزِزْ مَنِ اسْتَطَعْتَ مِنْهُم بِصَوْتِكَ** ﴾[1] وقوله تعالىٰ: ﴿ **فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاءَ فَلْيَكْفُرْ** ﴾[2] وقوله: ﴿ **اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ إِ** ﴾[3]. لفظه لفظ الأمر، وهو نهاية في الزجر[4].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لو كان الاعتبار بدلالة الحال لوجب إذا قال لامرأته: ما أحسن عشرتك، وأجمل صحبتك. ثم قال لها: أنت طالق. أن لا يقع، لأن دلالة الحال لا تقتضيه، وكان يجب إذا قالت له امرأته قد تزوجت عليّ؟ فقال: كل امرأة لي طالق. فإن المخاطبة تطلق مع نسائه، ودلالة الحال لا تقتضي ذلك.

لأنه مدحها ثم طلقها إنما وقع لأن قوله: «أنت طالق» صريح في الطلاق، فلا يترك الصريح / بدلالة الحال، وليس ها هنا لفظ صريح، بل احتماله للجهتين [٨٧] علىٰ لفظ واحدة، فيجوز أن تقوىٰ إحدىٰ جهتي الإحتمال بدلالة الحال.

وأما قوله: «كل امرأة لي طالق» فإنما دخلت فيه المبهمة له بالزوجية، لأنه لفظ عموم، فلا نترك ظاهر اللفظ بدلالة الحال، وهاهنا ليس اللفظ ظاهراً، بل احتماله للجهتين علىٰ وجه واحد، فيجوز أن تقوىٰ إحدىٰ جهتي الاحتمال بدلالة الحال.

---

(١) الإسراء «٦٤».

(٢) الكهف «٢٩».

(٣) فصلت «٤٠».

(٤) انظر: تفسير الماوردي ٣/ ٣٠٣.

[١٤٠٣/٢٠] **مسألة:** إذا أتى بالكنايات الخفية ونوى طلقتين كانت طلقتين[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا نوى طلقتين فهي واحدة[٢].

لأنه طلاق يملك الرجوع بإيقاعه، فملك إيقاعه بالصريح والكناية كالثالثة، ولا يلزم عليه: قوله أنت واحدة. أنه لا يملك إيقاع الطلقتين والثلاث، لأنا عللنا لوقوع هذا العدد بالكناية في الجملة.

ولأن قوله: أنت واحدة صريح في العدد، فلا يقع عدد أخر، كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً سوى واحدة.

[١٤٠٤/٢١] **مسألة:** إذا قال لأمته: أنت طالق. ونوى الحرية لم يقع شيء[٣].

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][٤]: تعتق[٥].

لأن الطلاق يقتضي التحريم، والتحريم لا ينافي الملك، لأنه قد يملك أخته من

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٠؛ والمغني ١٠/ ٣٦٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٠٣؛ والإنصاف ٨/ ٤٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٣؛ وفتح القدير ٤/ ٦٣.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨١؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٤٧٧-٤٧٨؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٤١٣؛ والغرة المنيفة ص ١٥٥.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) وهذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٣؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٤٧٧-٤٧٨.

الرضاعة وهي محرمة عليه والملك موجود، فإذا لم يناف الملك لم يكن كناية عما ينافي الملك وهو العتق، ولا يلزم عليه: إذا قال لامرأته: أنت حرة. ونوىٰ به الطلاق أنه يقع، لأن الحرية تقتضي التحريم، بدلالة أن الأمة إذا أعتقت حرمت علىٰ المولىٰ، والتحريم يجوز أن يراد به الطلاق، ألا ترىٰ أنهم قالوا: إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام. ونوىٰ به الطلاق، وعندنا إذا وصله بذكر الطلاق وقع الطلاق، ولا يلزم عليه لفظة الحرية، لأنها تقتضي إزالة الملك، والطلاق لا يزيل الملك، بدليل المطلقة واحدة بعد الدخول، الطلاق موجود، والملك باق في مدة العدة، وإنما يزول الملك بعدم العدة[١]، أو استيفاء العدد[٢].

ولأن الطلاق صريح في تحريم الزوجية، فوجب أن لا يكون كناية عن الحرية كالظهار.

[**١٤٠٥/٢٢**] **مسألة:** إذا قال لامرأته: أنا منك طالق. أو قال لها: أمرك بيدك. فقالت له: طلقتك. لم يقع بذلك شيء[٣].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يقع في الموضعين[٤].

لأن كل من نوىٰ شيئاً أضيف إليه صريح الطلاق من غير نية لم يقع إذا أضيف إليه مع النية، كالأجنبي، وعكسه في ذلك أن عندهما أنه إذا قال: أنا منك طالق. إن لم ينو الطلاق لم يقع.

(١) كما لو طلقها قبل الدخول.

(٢) كما لو كانت الطلقة الثالثة.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨١؛ والمغني ١٠/ ٣٧١؛ والإنصاف ٨/ ٤٨٥؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٢؛ والغرة المنيفة ص١٥٧.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٨٧-٨٨؛ والمنتقى ٤/ ١٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٩٢.

ولأن الطلاق كالحرية، لأن كل واحد منهما مبنىٰ علىٰ التغليب والسراية. ثم ثبت أن إضافة لفظ الحرية إلىٰ المولىٰ لا تقع، وهو إذا قال: أنا منك حر. كذلك لفظ الطلاق إذا أضافة إلىٰ الزوج ولا يمكن ممانعة هذا الأصل، لأن المولىٰ موصوف بالحرية قبل الإيقاع وبعده علىٰ وجه واحد فلا يتجدد له بهذه الصفة حكم لم يكن.

[**١٤٠٦/٢٣**] **مسألة**: إذا قال لامرأته: أنت طالق. ونوىٰ ثلاثاً لم يقع إلا واحدة[(١)].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يقع ثلاثاً[(٢)].

لما روي أن ابن عمر لما طلق امرأته أمره النبي ﷺ أن يراجعها»[(٣)]. / [٨٨] ولم يبين هل بت ثلاثاً أم لا؟ فلو كان اللفظ يصلح للثلاث لسأله كما سأل ركانة لما طلق امرأته أَلْبَتَّةَ قال له النبي ﷺ: «ما أردت [إلا واحدة][(٤)]، واستحلفه علىٰ ذلك»[(٥)].

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧٥؛ والمغني ١٠/ ٤٩٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٣؛ والغرة المنيفة ص ١٥٦؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٦٣.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٧٤؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ١/ ٤٧٤؛ والأم ٥/ ٢٧٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٠.

(٣) سبق تخريجه في مسألة [١٣٨٩/ ٢] من كتاب الطلاق.

(٤) زيادة لم تذكر بالمخطوط.

(٥) رواه أبوداود في الطلاق: باب البت (٢٢٠٦) ٢/ ٢٧٠، والترمذي في الطلاق واللعان: باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة (١١٧٧) ٣/ ٤٧١ وقال: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه. اهـ، وابن ماجة في الطلاق: باب طلاق البتة (٢٠٥١) ١/ ٦٦١، والحاكم في المستدرك علىٰ الصحيحين في الطلاق ٢/ ٢١٨، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان (٤٢٧٤)١٠/ ٩٧، وابن أبي شيبة في الطلاق: ماقالوا في الرجل يطلق امرأته البتة. المصنف ٥/ ٩٥، والبيهقي في الخلع والطلاق: باب ماجاء في كنايات الطلاق التي لا يقع بها إلا أن يريد بمخرج الكلام منه الطلاق. السنن الكبرىٰ ٧/ ٣٤٢، والبيهقي أيضاً في كتابه معرفة السنن والآثار ١١/ ٤٤. الجميع من طريق جرير بن حازم، عن الزبير بن سعيد، عن عبدالله بن علي بن يزيد بن ركانة، عن أبيه، عن جده. وهذا الحديث سنده ضعيف لجهالة علي بن يزيد بن ركانة، وضعف عبدالله بن علي بن يزيد، وضعف الزبير بن سعيد. انظر: إرواء الغليل ٧/ ١٣٩.

(فلما)[1] لم يسأله دل على أن اللفظ لا يصلح للعدد.

ولأن قوله: طالق صريح في الإيقاع، بدليل: أنه لا يقف إيقاعه على نية، فإذا نوى به العدد لم يقع كما لو قال: أنت طالق واحدة. ولا يلزم عليه: إذا قال: طلقي نفسك. لأنه أمر، وليس بصريح، ولا يلزم عليه: قوله: أنت الطلاق، وأنت طلاقاً، وأنت طالق طلاقاً. لأنا نريد بالصريح ما وضع له في العادة، وهو قوله: أنت طالق. ولا يلزم عليه إذا قال: طالق ملء مكة [2]، لأن العدد لم يقع بالصريح، وإنما وقع بقوله: ملء مكة، وذلك كناية، ولا يمكن ممانعة الأصل، لأنه قد صرح بالواحدة، ولا يمكن أن نجعل هذا فرقاً، لأن مثله هاهناهو صريح في الواحدة.

وإن شئت قلت: لفظ لا يقف إيقاعه على النية، ولا هو موضوع للجنس والمصدر، ولا وصفه بضرب من الزيادة فيها عظم، فلم تؤثر النية في عدد، دليله: ما ذكرنا، ولا يلزم عليه الكنايات، لأنها تقف على النية، ولا يلزم عليه قوله: «أنت الطلاق» لأنه موضوع للجنس، ولا يلزم عليه قوله: «طلاقاً» لأنه مصدر، والمصدر يتضمن العدد، ولا يلزم عليه قوله: «أنت طالق ملء مكة» لأنه وصفه بصفة تتضمن العظم.

وإن شئت قلت: كل لفظ لا يقع به الثلاث في النكاح الفاسد لا يقع به في الصحيح، دليله: ما ذكرنا.

أو نقول: ما لا يقع به الثلاث في حق المراهق لا يقع به في حق البالغ، دليله: ما ذكرنا.

وإن شئت قلت: نوع لفظ لا يقف إقاعه على النية، فلا تؤثر النية في عدده،

(١) في المخطوط (فلم).

(٢) انظر: مسألة [١١/ ١٣٩٤] من كتاب الطلاق.

كما لو قال: أنت طالق واحدة. ولا يلزم عليه الكنايات، لأنها تقف على النية، ولا يلزم عليه الطلاق، وطلاقاً، وملء مكة، لأن التعليل لنوع هذا اللفظ، فلا يلزم عليه الأحوال.

[١٤٠٧/٢٤] **مسألة:** إذا كتب طلاق امرأته وقع نواه أو لم ينوه [١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن نواه وقع، وإن لم ينوه لم يقع [٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يقع نواه، أو لم ينوه [٣].

لأنها حروف يفهم منها صريح الطلاق، فهي كالكلام، أو نقول: حروف تنبيء عن المراد.

ولأن الكتابة بمثابة قول الكاتب، ألا ترى أن كتب النبي ﷺ كانت تلزم الحجة بها كما تلزم بقوله.

[١٤٠٨/٢٥] **مسألة:** إذ طلق بقلبه من غير لفظ لم يقع الطلاق [٤].

خلافاً لمالك في قوله: يقع [٥].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٢؛ والمغني ١٠/ ٥٠٣؛ والإنصاف ٨/ ٤٧٢.

(٢) وبه قال مالك. انظر: مختصر الطحاوي ص١٩٦؛ وفتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ١/ ٤٧١؛ والفتاوى الهندية ١/ ٣٧٨؛ والمنتقى ٤/ ١٥؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٤٦.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤١؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٤.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية، ورواية عن مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ١٤٣؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ١٨١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٦؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٩٦.

(٥) قال صاحب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٧ أن من طلق بقلبه وقع والأشهر عند مالك أنه ليس بشيء. اهـ. وانظر: التفريع ٢/ ٧٨.

لأنه حل عقد فلم ينحل باعتقاده، كالبيع.

ولأن الحاكم لو اعتقد الطلاق / في حق المولي، والعنين لم يقع، كذلك [٨٩] الزوج.

[١٤٠٩/٢٦] **مسألة:** إذا خير زوجته فاختارت نفسها، فإن ذلك كناية من الطرفين يحتاج إلىٰ نية الزوجين للفرقة، وكذلك قوله: أمرك بيدك [(١)].

خلافاً لمالك في قوله: لا يفتقر ذلك إلىٰ نية [(٢)].

وبني ذلك علىٰ أصله في أنه صريح، ونحن نبني علىٰ أصلنا، (في أنه) [(٣)] كناية.

لأنه لفظ لم يرد به القرآن في الفرقة بين الأزواج، كالكنايات الخفية.

[١٤١٠/٢٧] **مسألة:** إذا قال لزوجته: اختاري. ونوىٰ به طلقة، فاختارت نفسها كانت واحدة رجعية [(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي واحدة بائن [(٥)].

ولمالك في قوله: إن كانت مدخولاً بها فهي ثلاث، وإن كانت غير مدخول بها

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٢ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٨-٩٦٩؛ والمغني ١/ ٣٨٢-٣٨٣، والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٧.

(٢) انظر: المنتقىٰ ٤/ ١٨-١٩؛ والقبس ٣/ ٧٣٠.

(٣) في المخطوط (لأنه).

(٤) وبه قال الشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٨٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٩؛ والمغني ١٠/ ٣٨٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٧؛ وتكلمة المجموع ٧/ ٩١.

(٥) نظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٩١، وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٦٩.

فهي واحدة[١].

لأنها معتدة[٢] يصح أن يلحقها طلاقه جاز أن يملك عليها الرجعة، دليله: لو قال: أنت طالق، أو قال: اعتدي.

أو نقول: طلاق مجرد[٣] صادف عدة قبل استيفاء العدة.

[١٤١١/٢٨] **مسألة:** فإن قال: اختاري نفسك. ونوىٰ ثلاثاً، فاختارت نفسها ونوت الثلاث وقعت ثلاثاً[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تقع واحدة[٥].

لأن كل لفظة يقع بها الطلاق جاز أن يقع بها الثلاث إذا لم يكن صريحاً في الواحدة، أصله قوله: أمرك بيدك، وأنت باين، وأجود من هذا كل كناية صح إيقاع الطلقة بها صح إيقاع الثلاث، دليله: الكنايات الخفية، ولا يلزم عليه الطلاق، والسراح، والفراق، لأنه صريح[٦].

[١٤١٢/٢٩] **مسألة:** إذا قال لها: اختاري [نفسك][٧]. ونوىٰ الطلاق،

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٦؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٧٣.

(٢) أي معتدة من طلاقه.

(٣) أي مجرد عن عوض.

(٤) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٣؛ والمغني ١٠/ ٣٨٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٦-٤٨٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٩.

(٥) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٩١؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٤.

(٦) راجع مسألة [١٤٠٠/١٧] من كتاب الطلاق.

(٧) ساقط من المخطوط.

فاختارت نفسها ولم تنو المرأة الطلاق لم يقع حتى تنوي[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقع الطلاق وإن لم تنوه[٢].

لأن كل من رُدَّ أمرُ الطلاق إليه جاز أن تعتبر نيته في الكنايات، كالزوج.

[١٤١٣١/٣٠] **مسألة:** إذا قال لها: أمرك بيدك. فطلقت نفسها ثلاثاً وقع الثلاث نوى الثلاث أو لم ينوه[٣] [٤].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يقع إلا أن ينوي الزوج[٥].

لما أخبرناه أبوالحسين ابن أخي ميمي بإسناده عن حماد بن زيد قال: قلت لأيوب: هل علمت أحداً قال في «أمرك بيدك» هل هي ثلاث إلا الحسن، ثم قال: اللهم [لا][٦]، إلا ما حدثني قتادة، عن كثير مولى ابن سمرة، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «هي ثلاث». قال أيوب: فلقيت كثيراً مولى (ابن سمرة) [٧] فسألته عنه فلم يعرفه، فرجعت إلى

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المغني ١٠/ ٣٨٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٦-٤٧.

(٢) انظر: حاشية الشيخ شلبي على تبيين الحقائق بهامش تبيين الحقائق ٢/ ٢١٩.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٤٠٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٨٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٩؛ والمغني ١٠/ ٣٨٤؛ والإنصاف ٨/ ٤٩١؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٧٢.

(٤) رأي أبي حنيفة في هذه المسألة إن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة. انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٩٠

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٧٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٠.

(٦) ساقط من المخطوط. انظر سنن أبي داود ٢/ ٢٧٠.

(٧) في المخطوط (أم سلمة) والصحيح ما أثبت.

قتادة فأخبرته، فقال: نسي.[(١)]

ولأن قوله: أمرك بيدك. كلمة جامعة تعم الواحدة والثلاث، يبين صحة هذا قوله تعالىٰ: ﴿وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾[(٢)] معناه: جميع شأنه[(٣)]، فكذلك قوله: أمر فلان مستقيم. إشارة إلىٰ جميع أمره، فإذا كان ذلك كذلك جاز أن يملكها طلاقها / الثلاث، ويفارق هذا لفظة الخيار، لأن معناه الخيار بين المقام علىٰ [٩٠] النكاح وبين الفراق، والفراق يقع بطلقة، والطلقة لا تتناول الثلاث.

ولأن قوله: أمرك بيدك. تقديره ما أملكه من أمرك فهو بيدك، وهو يملك عليها الثلاث، ويفارق لفظة الخيار، لأن معناه ما ذكرنا.

[١٤١٤/٣١] **مسألة:** إذا قال لها: اختاري نفسك. فلها أن تختار نفسها مادامت في مجلسها ذلك ما لم تأخذ في عمل يقطع حكم المجلس[(٤)].

خلافاً لمالك في إحدىٰ الروايتين: لها الخيار وإن تفرقا حتىٰ يوقف أو يقطعها

(١) رواه أبو داود في الطلاق: باب في «امرك بيدك» (٢٢٠٤) ٢/ ٢٦٩-٢٧٠، والنسائي في الطلاق: أمرك بيدك (٥٦٠٣/ ١) وقال هذا حديث منكر. السنن الكبرىٰ ٣/ ٣٥٢؛ والنسائي أيضاً في المجتبىٰ ٢/ ١٢٠ في الطلاق: أمرك بيدك، والترمذي في الطلاق: باب ما جاء في «أمرك بيدك» (١١٧٨) ٣/ ٤٧٢؛ وقال: هذا حديث غريب. والحاكم في الطلاق (٢٨٢٤/ ٣٣) وقال: هذا حديث غريب صحيح. المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ٢٢٤. وقال الذهبي: صحيح غريب. انظر: التلخيص بهامش المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ٢٢٤. وقد ضعف هذا الحديث الألباني. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص ٣٧٩؛ وضعيف سنن النسائي ص ١٢٢؛ وضعيف سنن الترمذي ص ١٤٠.

(٢) هود «٩٧».

(٣) انظر: تفسير ابن كثير ٢/ ٤٥٩.

(٤) وبه قال أبو حنيفة. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٤٠٦؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٥١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٨٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٩-٩٧٠؛ والمغني ١٠/ ٣٨٧؛ والإنصاف ٨/ ٤٩٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٥؛ وفتح القدير ٤/ ٧٦.

السلطان أو يطأها[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن لم تختر نفسها عقيب قول الزوج خرج الأمر عن يدها[٢].

لما رُوِيَ عن عمر قال: «لها الخيار ما لم يتفرقا»[٣].

وعن عبدالله[٤] بن عمر: لها الخيار مادامت في مجلسها».

ولأنها اختارت نفسها في مجلسها قبل أن تشتغل بعمل آخر، فصار كما لو اختارت نفسها عقيب التخيير.

ولأن الخيار جعل للارتياء والنظر في أصلح الأمرين، فلو كان على الفور لم يمكن الارتياء.

والدلالة على مالك ما تقدم من قول الصحابة.

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٧؛ والمنتقى ٤/ ٢٢.

(٢)انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٥.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في الطلاق: ما قالوا في الرجل يخير امرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها. المصنف ٥/ ٦٢ من طريق اسماعيل بن عياش، عن المثنى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن عمر موقوفاً. هذا الأثر ضعيف الإسناد، لأن في سنده المثنى بن الصباح وهو ضعيف انظر: تهذيب التهذيب ١٠/ ٣٥-٣٧، وتقريب التهذيب ٢/ ٢٢٨.

(٤) هكذا في المخطوط عبدالله بن عمر ولم أطَّلعْ على تخريج لما أثر عنه، وقد وجدت هذا الأثر عن عبدالله بن عمرو في مصنف ابن أبي شيبة في الطلاق: ما قالوا في الرجل يخير امرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها. المصنف ٥/ ٦٣ من طريق أبي خالد، عن حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن عبدالله بن عمرو. وهذا الأثر ضعيف الإسناد، لأن في سنده حجاج بن أرطأه. صدوق كثير الخطأ والتدليس. انظر: تقريب التهذيب ١/ ١٥٢.

ولأنه خيار تمليك فكان مقصوراً على المجلس، كخيار القبول.

[١٤١٥/٣٢] **مسألة:** فإن قال لها: أمرك بيدك. فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعد المجلس مالم يمسها أو يفسخ[١].

خلافاً لأكثرهم: الأمر كالخيار.

فعند أبي حنيفة هو مقصور على المجلس[٢].

وعند الشافعي هو على الفور[٣].

لأنها مملكة بلفظ الأمر اختارت نفسها قبل الفسخ والوطء، فصار كما لو اختارت في المجلس، أو اختارت عقيب قوله.

ولأنه نوع تمليك، فصح تعليقه بشرط، فكان قبوله على التراخي، كالقبول في الوصية[٤]، ولا يلزم عليه البيع، لأنه لا يصح تعليقه بشرط، ولا يلزم عليه لفظة الخيار، لأن التعليل لجملة هذا النوع في التمليك، وعلى أنه لا يمتنع أن يتفق معنى هذه الخيارات ويختلف في الزمان، كخيار القصاص، والرد بالعيب، والمعتقة يتفقان في أنه خيار نقص ويختلفان في المدة، فعندهم الرد بالعيب على الفور، والقصاص على التراخي، والمعتقة على

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٦؛ والمقنع ٣/ ٩٦٨؛ والمغني ١٠/ ٣٨١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤١١؛ والإنصاف ٨/ ٤٩١؛ والمنتقى ٤/ ٢٢.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى ١/ ٢٦٥-٢٦٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٨.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٥.

(٤) انظر: المغني ٨/ ٤١٩.

اختلاف.

[١٤١٦/٣٣] **مسألة:** إذا قال لامرأته: اختاري نفسك، أو أمرك بيدك، أو طلقي نفسك إن شئت. ثم أراد أن يرجع في هذا القول فله ذلك[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: ليس له الرجوع[٢].

لأن هذا تمليك يقف على قبولها، ويسمى هذا الخيار خيار التمليك، فصح الرجوع فيه قبل القبول، كما نقول في سائر التمليكيات التي تقف على القبول، مثل: البيع، والإجارة، والنكاح، ونحو ذلك.

[١٤١٧/٣٤] **مسألة:** إذا قال: طلقي نفسك ثلاثاً. فطلقت نفسها واحدة وقعت / طلقة[٣]. [٩١]

خلافاً لمالك في قوله: لا يقع شيء[٤].

لأن من ملك إيقاع الطلاق الثلاث ملك إيقاع الواحدة، كالزوج.

ولأنه لو قال لها: وهبت لك هؤلاء العبيد الثلاثة. فقبلت الهبة في واحد منهم

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٨؛ والمغني ١٠/ ٣٨١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٨٦.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٩؛ والمدونة ٢/ ١١٥؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٧٣.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٧؛ والمغني ١٠/ ٤٨٣؛ والإنصاف ٨/ ٤٤٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧٠؛ وفتح القدير ٤/ ١٠١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٨٧.

(٤) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٨٩؛ والمنتقى ٤/ ١٩.

صحت الهبة، كذلك هاهنا، لأنه تمليك متصل به الطلاق بغير عوض، كالهبة سواء.

[١٤١٨/٣٥] **مسألة:** فإن قال: طلقي نفسك واحدة. فطلقت نفسها ثلاثاً وقعت واحدة[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][٢]: لا يقع شيء[٣].

لأنها أوقعت طلاقاً مأذونا فيه وغير مأذون فيه، فوجب أن يقع المأذون فيه، أصله: إذا قال: طلقي نفسك. فطلقت نفسها وضرائرها، فإن الطلاق يقع عليها ولا يقع على ضرائرها.

[١٤١٩/٣٦] **مسألة:** إذا قال لزوجته: أنت عليّ حرام. فهو ظهار نوى الظهار أو لم ينوه[٤].

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٧؛ والمغني ١٠/ ٣٩٥؛ والإنصاف ٨/ ٤٤٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٨٧.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٩، ومذهب المالكية في هذه المسألة فيمن مَلَّك زوجته تطليقة واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً يلزمه واحدة. انظر: كتاب التفريع ٢/ ٨٩؛ والمنتقى ٤/ ٩؛ حيث جاء في التفريع: ولو ملكها واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لزمته واحدة. اهـ وجاء في المنتقى ما نصه: «وإذا جعل إليها واحدة وطلقت نفسها ثلاثاً فقد وافقته في الواحدة وما زادت على ذلك مما لم يجعله إليها يبطل ويثبت ماجعله إليها. اهـ. وبهذا يكون قول مالك متفقاً مع قول الحنابلة والشافعية.

(٤) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٥؛ ومسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٢٤٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٩-١٨٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٨٧.

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يكون ظهاراً إلا بالنية[١].

لأنه لفظ تحريم يوجب الكفارة أوقعه في الزوجة فكان إطلاقه ظهاراً، دليله: قوله: أنت عليّ كظهر أمي، ولايلزم عليه المطلقة الواحدة في غير المدخول بها، والثلاث في المدخول بها أنه يوجب التحريم وليس بظهار.

ولأن ذلك اللفظ لا يوجب كفارة، وهذا يوجب الكفارة عندهم إذا نوىٰ به اليمين[٢].

وإن شئت قلت: لفظ تحريم لا يزيل الملك أوقعه في الزوجة فكان ظهاراً، ولايلزم عليه الطلاق، لأنه يزيل الملك.

وإن شئت قلت: لفظ تحريم أوقعه في الزوجة، أشبه ما ذكرنا، ولايلزم عليه الطلاق، لأن التحريم لا يقع به وإنما يقع بانقضاء العدة، أو باستيفاء العدد.

[١٤٢٠/٣٧] **مسألة:**[*] إذا حرم أمته، أو طعامه، أو متاعه كان حالفاً ولزمه كفارة يمين إذا حنث[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: إن حرم أمته ففيه قولان، أحدهما: لا كفارة عليه.

---

(١) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٨٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٢. وعند المالكية أنه كناية في الطلاق. انظر التفريع ٢/ ٧٤.

(٢) التمثيل والتوثيق هو ما في المسألة التالية رقم (١٤٢٤/ ٣٧).

(*) هذه المسألة محلها كتاب الأيمان.

(٣) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٦٨؛ واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٨٧؛ والمدونة ٢/ ١١٤-١١٥.

والثاني عليه كفارة يمين وليست بيمين، وإن حرم ماسوى النساء فليس بشيء[١].

لأن تحريمه لطعامه وشرابه تحريم لمباح، فوجب أن تتعلق الكفارة بمقتضاه، دليله: تحريم الأمة. وكل ماتعلقت به كفارة اليمين في الإماء تعلقت به في غير الإماء، كقوله: والله.

[١٤٢١/٣٨] **مسألة:**[*] فإن قال: إن أكلتُ طعامي هذا فهو علي حرام، فأكله حنث [٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث[٣].

لأنه علق تحريمه بشرط وجب أن يحنث، كما لو قال: إن كلمتُ فلاناً أو دخلتُ الدار فطعامي عليّ حرام. فكلم زيداً، أو دخل الدار.

[١٤٢٢/٣٩] **مسألة:** فإن قال: كلي واشربي. ينوي الطلاق لم يقع [٤].

خلافاً للشافعي [في قوله: يقع] [٥][٦].

لأن هذا اللفظ معنىً لا يفيد معنىً الطلاق فهو كقوله: الحمد لله، وسبحان

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٤-١٩٥؛ وتكملة المجموع ١٧/ ١١٤.

(*) مكان هذه المسألة كتاب الأيمان.

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٦٩.

(٣) لم أقف على رأي أبي حنيفة في هذه المسألة ولا على رأي أصحابه.

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ١٥٠؛ والإنصاف ٨/ ٤٨٥.

(٥) زيادة من المحقق.

(٦) وبه قال مالك. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٨٢٧؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٣؛ والمنتقى ٤/ ١٦؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٨٣.

الله، ولا يلزم عليه لفظ الطلاق وكناياته، لأنه يفيد معناه، وليس لهم أن يقولوا: يفيد، لأن معناه كلي الطلاق واشربيه، كما يقول: تجرعي. أي غصص الطلاق، لأن الطلاق لا يوصف بأنه مأكول أو مشروب، / وقوله: «تجرعي» مجاز فلا [٩٢] يقاس عليه.

[١٤٢٣/٤٠] **مسألة:** إذا قال لامرأته: إذا حلفت بطلاقك فعبدي حر، أو أنت طالق. ثم قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو إذا جاء المطر، أو قدم الحاج فأنت طالق. فهو حالف بعتق عبده، وتطلق امرأته. أومئ إليه أحمد.[١]

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون يميناً إلا إذا منع بيمينه من فعل شيء، أو أوجب بها فعل شيء، أو كان بها تصديق خبر أو تكذيب خبر، نحو قوله: أنت طالق إن أحببت فراقك[٢].

لأن اليمين ليس من شرطه أن يوجب أو يمنع، بدليل: اليمين بالله تعالى، لكن لو قال: والله ليقدمن الحاج في يومنا، أو ليجيء المطر. انعقدت يمينه وإن لم يتضمن شيئاً من ذلك.

[١٤٢٤/٤١] **مسألة:** إذا قال: كلما طلقت واحدة من نسائي فعبد من عبيدي حر، وكلما طلقت اثنتين، فعَبْدَان من عبيدي (حُرَّانِ)[٣]، وكلما طلقت ثلاثة،

---

(١) وبه قال أبو حنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٩؛ والمغني ١٠/ ٤٣٠؛ والإنصاف ٩/ ٥٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧٤.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٦/ ١٤٨؛ وتكملة المجموع ١٦/ ١٩١.

(٣) في المخطوط (حر).

فثلاثة أحرار، وكلما طلقت أربعة، فأربعة أحرار. وله أربع نسوة، فطلقهن دفعة واحدة، أو واحدة بعد واحدة عتق خمسة عشر عبدا[١].

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة في قولهم: يعتق عشرون عبدا[٢].

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال مثل قولنا، ومنهم من قال: يعتق سبعة عشر عبدا[٣].

لأن كل عالم بالعدد يعلم أن الأربعة أربعة آحاد، واثنان مرتان، وثلاثة مرة واحدة، وأربعة مرة واحدة، فإذا كان كذلك عتق أربعة أعبد بالآحاد، وأربعة بالاثنين، وثلاثة بثلاث، وأربعة بأربع، فذلك خمسة عشر عبدا.

[١٤٢٥/٤٢] **مسألة:** يقع الطلاق في النكاح الفاسد المختلف في صحته نحو: النكاح بلا ولي، ولا شهود، والنكاح بولاية الفاسق، ونكاح المحرم، ونكاح المرأة في عدة من أختها[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يقع[٥].

لأنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد، أو نكاح لو حكم به حاكم نفذ فوقع فيه الطلاق، دليله: النكاح بلا ولي على قول أبي حنيفة، ونكاح المرأة في عدة من

---

(١) انظر: المغني ١٠/ ٤٣٦؛ والإنصاف ٩/ ٨٦-٨٧.

(٢) لم أقف على رأي أصحاب أبي حنيفة في هذه المسألة.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ١٢٠-١٢١.

(٤) وبه قال ابن قاسم من المالكية، انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٨٩؛ والإنصاف ٨/ ٤٤٣، والذخيرة ٤/ ٤٤٧.

(٥) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٢/ ٢٠٣؛ ولم أقف على قول الشافعي ولأصحابه.

اختها على قول الشافعي .

ولأنه في حكم الصحيح، بدليل: أن المهر يتداخل كما يتداخل في النكاح الصحيح، ولو كرر الوطء بالشبهة من غير عقد لم يتداخل، والعدة لا تحتسب بها إلا من حين التفريق بينهما، كالنكاح[1]، ووطء الشبهة يحتسب بالعدة من حين الوطء.

ولأن الطلاق ازالة ملك مبنى على التغليب والسراية، فجاز أن ينفذ في الصحيح والفاسد، دليله: العتق ينفذ في الكتابة الفاسدة كما ينفذ في الصحيحة، ولا يلزم عليه النكاح في العدة، والردة، لأنه لا ينفذ، وكذلك العتق في البيع الفاسد لا ينفذ، لأن التعليل للجواز، ولا يصح قولهم: إن العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وهو الأداء، لأنه لابد أن يقول: فإذا أديت إليّ كذا فأنت حر . لأنا لا نشرط أن يقول ذلك في الكتابة، ثم لا يصح هذا، لأنه يغرم العبد عندهم قيمة نفسه، ويستتبع العبد أولاده وإكسابه، ولو كان عتقاً بصفة كان الإكتساب / [٩٣] والأولاد ملكاً للسيد ولم يغرم العبد قيمة نفسه لسيده .

[١٤٢٦/٤٣] مسألة: إذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق. أنت طالق. طلقت واحدة[2].

(١) أي النكاح الصحيح .

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية . انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٠؛ ومسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ٢٤٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٨٩؛ والمغني ١٠/ ٤٩٠-٤٩١؛ واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٩٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٤؛ وتكملة المجموع ١٧/ ١٢٤ .

خلافاً لمالك في قوله: تطلق ثلاثاً[١].

لأن غير المدخول بها تبين بطلقة، وقوله: أنت طالق. أنت طالق. تفريق للطلاق، بدليل: أنه لو قال للمدخول بها هكذا وقع بها ثلاث طلقة بعد طلقة، فإذا كان هذا تفريق طلاق، فغير المدخول بها لا يتفرق عليها الطلاق، ويفارق هذا قوله: أنت طالق ثلاثاً. لأنه ليس بتفريق، وإنما هو جمع من غير ترتيب ولا مهلة.

[١٤٢٧/٤٤] **مسألة:** فإن قال لغير المدخول بها: أنت طالق. وطالق. وطالق. طلقت ثلاثا[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: تقع طلقة[٣].

لأن «الواو» تقتضي الجمع من غير مهلة ولا ترتيب، وهذا أصل نتفق نحن وأبوحنيفة عليه وبعض الشافعية، وقد بيناه في مسألة الترتيب من كتاب الطهارة، فهو كما لو قال: أنت طالق واحدة معها ثنتان. فإنه يلزمه ثلاث، كذلك ها هنا، ولا يلزم عليه إذا قال لها: أنت طالق، فطالق أنه يقع واحدة، لأن «الفاء» تقتضي الجمع والترتيب، وتقديره وقوع واحدة بعد واحدة، وكذلك «ثم» تقتضي، لكن تقتضي المهلة والتراخي،

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٨٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٨٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٨٥.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٠؛ والمغني ١٠/ ٤٩٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٢٢-٤٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٨.

(٣) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٩٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٧٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٤.

فلهذا لم تقع الثلاث .

[١٤٢٨/٤٥] **مسألة:** فإن قال لمدخول بها : أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق . ونوىٰ بالثانية والثالثة تأكيد الأولىٰ وإفهامها أن قد وقع بها طلقة قبل منه ولم يقع إلا طلقة [١] .

خلافاً لمالك وأحد القولين للشافعي : تقع ثلاثاً ولا تقبل منه نيته [٢] .

لأن الطلاق يؤكد بالتكرار كما يؤكد الإقرار ، كقوله : له عليّ درهم ، له عليّ درهم . كان إعادة الثاني تأكيداً ، كذلك ها هنا .

[١٤٢٩/٤٦] **مسألة:** إذاعلق الطلاق بصفة لم يقع قبل وجودها سواء كانت الصفة قد تأتي لا محالة ، كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس ، وجاء رأس الشهر . أو كانت صفة قد لا تأتي نحو قوله : إن قدم زيد ، وإن دخلت الدار فأنت طالق [٣] .

---

(١) انظر : مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٠ ؛ ومسائل الإمام رواية ابنه صالح ٣/ ٢٤٣ ؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٠ ؛ والمغني ١٠/ ٤٩٠ ؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٢١ـ٤٢٢ ؛ والإنصاف ٩/ ٢٢ .

(٢) قال به أبوحنيفة ، أما مذهب مالك : أنها تقع ثلاثا إلا إذا أراد التأكيد والتكرير فتقع واحدة ، ومذهب الشافعية إن نوىٰ العدد وقع ، وإن نوىٰ التأكيد لم يقع إلا طلقة ، وإن لم ينو شيئا ففيه قولان : أصحهما أنه يقع بكل لفظة طلقة . والثاني لا يقع إلا طلقة واحدة . انظر : الفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٥٦ ؛ والمدونة ٢/ ١١٥ ؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٨ ؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٨٦ ؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٢ .

(٣)وبه قال الجمهور الحنابلة ، والحنفية ، والشافعية . انظر : رؤوس المسائل ٣/ ٩٩١ ؛ والمغني ١٠/ ٤٧٥و٤٨٥ ؛ والإنصاف ٩/ ٨٩ ؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٢٦ ؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧٣ ؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٠٦ .

خلافاً لمالك في قوله: إن علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة وقع الطلاق في الحال[١].

لأنه علق الطلاق بصفة صحيحة، فلم يقع قبل وجودها، كما لو علقه بقدوم زيد، ودخول الدار، ولا يلزم عليه إذا علقه بصعود السماء، لأن الصفة غير صحيحة.

[١٤٣٠/٤٧] **مسألة:** إذا قال لها: أنت طالق إلىٰ سنة، أو إلىٰ شهر. طلقت بعد السنة وبعد الشهر[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تطلق في الحال[٣].

لأن قوله: أنت طالق إلىٰ شهر. يحتمل أن يكون أراد به تأقيت ابتداء الطلاق، كما قلنا، لأنه يجوز أن يؤقت ابتداء المدة، كما يقول القائل: أنا خارج إلىٰ شهر. يريد أنا خارج إذا مضىٰ شهر، فإذا كان كذلك وجب أن لا يقع الطلاق، لأن الأصل بقاء النكاح.

---

(١) انظر: المدونة ٢/ ١١٦-١١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٦.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٣٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٥٢-١٥٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩١؛ والمغني ١٠/ ٤١٢؛ والإنصاف ٩/ ٥٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٠٦؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤١٤.

(٣) وبه قال مالك. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٦٧؛ والمدونة ٢/ ١١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٦

[١٤٣١/٤٨] **مسألة:** طلاق المكره[١] لا يقع[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقع[٣].

لأن قوله محمول عليه بغير حق، فوجب أن لا يصح، أصله إذا أكره على الإقرار بالطلاق، ولا يلزم / عليه الإكراه على الرضاع، لأنه فعل، ولا يلزم عليه [٩٤] الإقرار على الإسلام في حق أهل الأوثان، والإكراه على الطلاق في حق العنين، والمولي، والمعسر بالنفقة، لأن ذلك الحمل بحق.

ولأنه لفظ بالطلاق ومعه مادل على عدم قصده بسبب هو معذور فيه، فلم يلزمه حكمه، دليله: المجنون والصغير[٤] إذا تلفظ بالطلاق.

[١٤٣٢/٤٩] **مسألة:** التواعد لا يكون إكراهاً، وهذا محمول على التواعد فيما يمكن تلافيه مثل: التواعد بأخذ المال، والضرب، والحبس، فأما مالا يمكن تلافيه مثل: التوعد بالقتل، وقطع الطرف، فإنه مؤثر فيه، لأنه قد نص على

---

(١) للإكراه شروط ثلاثة هي: أولاً: أن يكون من قادر سلطان، أو تغلب. الثاني: أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به. الثالث: أن يكون ما توعد به مما يستضر به ضرراً كثيراً، كالقتل، والضرب الشديد، والحبس الطويل. انظر: المغني ١٠/ ٣٥٣.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٣؛ والمغني ١٠/ ٣٥٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٨٩؛ والإنصاف ٨/ ٤٣٩؛ والمدونة ٢/ ١٢٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٣؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٠؛ والغرة المنيفة ص ١٥٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٢.

(٤) الصغير الذي لايعقل الطلاق لاخلاف أنه لا طلاق له، وأما الذي يعقل الطلاق فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع. انظر: المغني ١٠/ ٣٤٩.

التواعد على القتل إكراهاً[١].

خلافاً لأكثرهم[٢].

لأن التواعد غير متحقق، لأنه يجوز أن يوقع به الوعيد، ويجوز أن لا يوقع به، والشيء مما يمكن تلافيه، وإذا أمكن تلافيه قل الضرر به، لأنه مع ابتداء إيقاع الفعل به يفعل ما قد أكره عليه فلا يرفع حكم طلاق واقع.

ولا معنى لقولهم: إذا غلب في ظنه أنه يوقعه فالظاهر إيقاعه، لأن الظن لا يمنع من جواز زواله، لأنه يجوز أن يرتدع ويرق قلبه بوعظه، والإنكار عليه، فيرجع عما هو عليه، يبين صحة هذا: أن إنكار المنكر يجب وإن لم يغلب في الظن زواله، لأن الظن لا يمنع من زواله، لأنه يجوز أن يرتدع بالإنكار عليه، ويرق قلبه، ويرجع عما هو عليه، ويفارق هذا إذا لم يمكن تلافيه، لأن الضرر به يعظم، لأنه لا يمكن رفع ما وقع، ولهذا فرقوا في حق المحرم بين الطيب واللباس[٣]، وبين الحلق وقتل الصيد[٤].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٤؛ والمغني ١٠/ ٣٥١-٣٥٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٩٢.

(٢) منهم الحنفية، المالكية، والشافعية. انظر: فتح القدير ٨/ ١٧٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٦٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٦٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٨٩-٣٩٠؛ والمغني ١٠/ ٣٥٢.

(٣) لم يظهر لي الفرق في حق المحرم بين الطيب واللباس، وذلك لأنه يجب في كل واحد منهما فدية. انظر: المغني ٦/ ٣٨٩ و ٣٩٠.

(٤) الفرق بين الحلق وقتل الصيد أن المحرم إذا حلق رأسه فإن عليه فدية، وأما قتل الصيد وهو محرم فإن عليه فداه بنظيره من النعم إن كان المقتول دابة، وإن كان طائراً فداه بقيمته في موضعه. انظر: المغني ٦/ ٣٩٥-٤٠٩.

[**١٤٣٣/٥٠**] **مسألة:** يقع طلاق السكران [١].

خلافاً لداود، والثانية [لايقع] [٢][٣].

لأن السكران مكلف، بدليل قوله تعالى: ﴿**لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَىٰ**﴾ [٤] والنهي لا يتناول إلا المكلف.

ولأن المخالف لا يخلو: إما أن يقول: لا يجب الحد بقذفه، ولا القصاص بقتله [٥]. أو يقول: يجب. فإن أوجب فهو مكلف، وإن لم يوجب ذلك كان فاسداً، لأن كل إنسان يظهر السكر، ثم يقتل، ويقذف فلايلزمه شيء فيؤدي إلى إبطال حرمة الدماء والأعراض.

[**١٤٣٤/٥١**] **مسألة:** إذا عقل الصبي الطلاق فطلق وقع طلاقه [٦].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الجمهور. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦١؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٣/ ١٥٦-١٥٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٢؛ والإنصاف ٨/ ٤٣٣؛ والهداية شرح بداية المبتدئ ١/ ٢٥٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٢؛ والمدونة ٢/ ١٢٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧١؛ والأم ٥/ ٢٧٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٣.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط.

(٣) انظر: المحلى ١٠/ ٢٠٨؛ والمغني ١٠/ ٣٤٧.

(٤) النساء «٤٣».

(٥) من قذف حال سكره أو قتل، فإن يوجب عليه حد القذف، والقصاص. انظر: المغني ١١/ ٤٨٢.

(٦) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٣٤٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٥٨-١٥٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٦٣؛ والمغني ١٠/ ٣٤٨-٣٤٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٣٨٨؛ والإنصاف ٨/ ٤٣١.

خلافاً لأكثرهم، والثانية: لا يقع[١].

لأنه يعقل الطلاق، فصح طلاقه، كالبالغ.

ولأنه تصح وصيته، وتدبيره، وإسلامه، وردته، وتخيره لأحد أبويه، وإذنه في دخول الدار، وقبول الهدية من يده، أشبه البالغ.

[١٤٣٥/٥٢] **مسألة:** إذا قال لامرأته: إذا لم أطلقك فأنت طالق ولا نية له، فإن يمينه على المهلة بمنزلة قوله: إن لم أطلقك[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: هي على الفور مثل قوله: متى لم أطلقك[٣].

لأن قوله: إذا لم أطلقك. يحتمل إن لم أطلقك، بدليل: أنه لو قال: نويت إن لم أطلقك. فإنه كما نوى، وقال الشاعر: وإذا تصبك خصاصة[٤].

فيحتمل معناه: إن تصبك، ويحتمل متى، بدليل أنه لو قال: نويت به متى لم أطلقك. كان كما نوى، ويقال: إذا جاء الرطب / فعلت كذا. معناه: متى جاء [٩٥] الرطب.

---

(١) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٢؛ والمدونة ٢/ ١٢٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧١؛ والأم ٥/ ٢٧٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٣٢.

(٢) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٤؛ والمغني ١٠/ ٤٣٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٦.

(٣) وبه قال المالكية انظر: روضة الطالبين ٦/ ١٢١، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٦٣.

(٤) تمام الشطر: وإذا تصبك خصاصة فتجمَّلِ (وهذا شطر بيت لشاعر قديم يخاطب به ابنه، من أبيات ينصحه فيها. انظر البيت مع غيره في لسان العرب مادة (كرب).

[١٤٣٦/٥٣] **مسألة:** إذا قال لامرأتين له: إحداكما طالق ثلاثاً. ولم ينو واحدة بعينها، فإنه يقرع بينهما فمن وقعت عليها القرعة فهي المطلقة، وكذلك إن طلق واحدة منهن بعينها وأنسيها قرع بينهن[1].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يقرع بينهن ولكن إن كان الطلاق لواحدة لا بعينها ولا نواها فإنه يختار صرف الطلاق إلىٰ أيتهما شاء، وإن كان الطلاق لواحدة بعينها وأنسيها فإنه يتوقف فيهما حتىٰ يتذكر ولا يقرع ولا يختار صرف الطلاق إلىٰ واحدة بعينها[2][3].

فالدلالة علىٰ القرعة: أن الحقوق إذا تساوت علىٰ وجه لا يمكن قسمتها إلا بالقرعة وأرادا قسمتها صح استعمال القرعة مما يدل عليه ما قالوه في الشريكين إذا كان بينهما مال إذا قسماه فإن الحاكم يجريه ويقرع بينهما، وكذلك إذا أراد أن يسافر بإحدىٰ نسائه، فإنه يقرع بينهن، وكذلك إذا أعتق ستة أعبد في مرضه، ولأنه إزالة ملك بني علىٰ التغليب والسراية، فجاز أن تدخله القرعة بانفراده، دليله: العتق، وقد قال الشافعي: لو أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧٨؛ والمغني ١٠/ ٥١٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٣٣؛ والإنصاف ٩/ ١٤١-١٤٢.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ١/ ٤٥٢؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٥٨؛ والأم ٥/ ٢٨٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٩٥.

(٣) رأي الإمام مالك في هذه المسألة أنهن يطلقن عليه جميعاً. حيث جاء في المدونة ٢/ ١٢١ ما نصه: أرأيت لو أن رجلاً قال: إحدىٰ امرأتي طالق ثلاثاً ولم ينو واحدة منهما بعينها أيكون له أن يوقع الطلاق علىٰ أيتهما شاء؟ قال: قال مالك: إذا لم ينو حين تكلم بالطلاق واحدة بعينها طلقتا عليه جميعاً. اهـ. وانظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨١.

ولم يجز الورثة أكثر من الثلث قرع بين العبيد، وإخرج الثلث في بعضهم.

والدلالة على أنه لا يملك صرف ذلك إلى واحدة منهن: أن الطلاق وقع على واحدة منهن فلم يكن له صرفه إلى أيهن شاء، دليله: لو طلق واحدة بعينها وأشكلت عليه.

ولا معنى لقولهم: إنا لا نأمن أن يعين غير التي وقع عليها الطلاق وها هنا ليس في تعيينه إيقاع للطلاق على من لم يقع، لأنهما سواء في التحريم في المطلقة بعينها، والمطلقة بغير عينها، فإذا لم يكن له في إحداهما لم يكن له في الأخرى، وعلى أن هذا يبطل أنه إذا طار عليه طائر فقال: إن كان غراباً فسالم حر، وإن لم يكن غراباً فغانم حر. وطار فإنه يقرع بينهما وإن أفضى إلى فقد الحرية من أحدهما[1]، لأنا نعلم أن أحدهما قد عتق وجهلنا عينه.

[١٤٣٧/٥٤] **مسألة**: فإن طلق امرأة من نسائه لا بعينها، فإنه يحال بينه وبينهن ولا يجوز له وطء إحداهن قبل القرعة، فإن وَطِئ لم يبطل حكم الإقراع، وله إخراج (أحداهن)[2] بالقرعة[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحال بينه وبينهن، وله أن يطأ أيتهن شاء، فإن وطئ انصرف الطلاق إلى الأخرى[4][5].

---

(١) انظر: المغني ١٠/ ٥١٨.

(٢) في المخطوط (إحداهما).

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٥؛ والإنصاف ٩/ ١٤١-١٤٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٩٦؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٠٥.

(٤) انظر: المبسوط ٦/ ١٢٢-١٢٣.

(٥) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنهن يطلقن. انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٦٥.

لأن (إحـداهن)[١] مطلقـة فـلا يصـح بيـانـهـا بالوطء، دليله: أنه طلق (إحداهن)[٢] بعينها وأشكلت عليه.

ولأنه لو أعـتـق إحـدىٰ أمتيـه، ثـم وطئ أحـدهـما لم تتعـين بالوطء عندهم، كذلـك المطلقة.

[**١٤٣٨/٥٥**] **مسألة**: إذا طلق إحدىٰ نسائه ومات قبل البيان قرع الورثة بين نسائه فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم ترث[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقسم ميراث امرأة بينهن[٤].

وخلافاً للشافعي في قوله: يوقف ميراث امرأة حتىٰ ينكشف أو يصطلحا[٥].

لأنا قد علمنا أن الميراث (لأحداهن)[٦] دون الأخرىٰ ولكونها مطلقة فلم يجز قسمة الميراث بينهما كما لو عينها ثم جهلها.

[**١٤٣٩/٥٦**] **مسألة**: إذا طلق إحدىٰ نسائه بغير عينها فماتت إحداهما لم يتعين / الطلاق في الباقية وقرع بين الميتة والحية[٧]. [٩٦]

---

(١) في المخطوط (إحداهما).

(٢) في المخطوط (إحداهما).

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧٨؛ والمغني ١٠/ ٥٢٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٣٧؛ والإنصاف ٩/ ١٤٣.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٩-٢٠٠.

(٥) انظر: الأم ٥/ ٢٨٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٠١.

(٦) في المخطوط (لأحدهما).

(٧) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٦؛ والمغني ١/ ٥٢٧؛ والأم ٥/ ٢٨٠؛ وروضة

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يتعين الطلاق في الباقية[(١)].

لأن إحداهما مطلقة ولا يعرف عينها، فلم يتعين الطلاق فيها بالموت، كما لو طلق إحداهما بعينها ثم نسيها لم يتعين بالموت، كذلك ها هنا.

[١٤٤٠/٥٧] **مسألة:** إذا كان له أربع نسوة فقال: امرأتي طالق. ولم ينو واحدة منهن وقع الطلاق على جميعهن[(٢)].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يقع الطلاق بواحدة منهن، وله صرفه إلى من شاء منهن[(٣)].

لأن لفظ الواحد في الإثبات قد يقتضي الجنس يدل عليه قوله تعالى: ﴿**أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ**﴾[(٤)] المراد: جنس الليالي، وقوله: ﴿**وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ الْحُسْنَىٰ عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ**﴾[(٥)] وهي كلمات كثيرة، وقول القائل: داري وغلامي مبذول لك، فالمراد به: جنس الدور والغلمان، وكذلك قولهم: درهمه جيد، وديناره جيد، المراد به: جنس الدراهم والدنانير، وقد قال جماعة منهم: لو قال: درهمي لفلان. كان إقراراً بجنس الدراهم.

[١٤٤١/٥٨] **مسألة:** إذا قال لزوجته: أنت طالق نصف تطليقة، أو ثلثها. طلقت

الطالبين ٦/ ١٠٠.

(١) انظر: الفتاوىٰ الهندية ١/ ٤٦٨.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٦؛ والمغني ١٠/ ٥٢١؛ والمدونة ٢/ ٢٢١.

(٣) منهم الحنفية، والشافعية. انظر: فتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ١/ ٤٥٢؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٥٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٩٥.

(٤) البقرة «١٨٧».

(٥) الأعراف «١٣٧».

طلقة[١].

خلافاً لداود [في قوله][٢]: لا تطلق[٣].

لأنه لا يخلو: إما أن يسري قول نصف طلقة على ما يقوله فتحصل طلقة كاملة، أو يسقط ذلك فيبقى قوله: أنت طالق. فتطلق طلقة.

[**١٤٤٢/٥٩**] **مسألة:** إذا قال لزوجته: أنت طالق إن شاء الله. أو قال لعبده: أنت حر إن شاء الله. وقع الطلاق والعتاق[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما: لا يقع شيء][٥][٦].

لأنه استثناء يوقع جملة الطلاق في الحال فلم يصح، دليله: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً. ولا يلزم عليه إذا علقه بمشيئة زيد، لأن مشيئته لا توقعه في الحال، وإنما توقعه في الثاني، ولأنا قد علمنا مشيئة الله للطلاق لعلمنا بمشيئته

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٦٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧٦؛ والمغني ١٠/ ٥٣٧؛ والإنصاف ٩/ ١٤ـ١٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٤؛ وفتح القدير ٤/ ١٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٤؛ والمدونة ٢/ ١٢١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٠، ٧٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٢٩٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) لم أقف على قول داود.

(٤) وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٦١ـ١٦٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٧؛ والمغني ١٠/ ٤٧٢؛ والإنصاف ٩/ ١٠٤ـ١٠٥؛ والمدونة ٢/ ١٢٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٩.

(٥) زيادة لم تذكر بالمخطوط.

(٦) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ٢١٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٨٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٠٢.

بوجود لفظ الطلاق من مكلف مختار للطلاق، ولأنا لو لم نعلم مشيئته وجب إيقاع الطلاق، لأنه علق الطلاق بصفة لا يتوصل إليها، فهو كما لو قال: (أنت)[١] طالق إن شاء فلان الميت، أو إن لم تصعدي السماء، أو تقلبي الحجر ذهبا.

[**١٤٤٣/٦٠**] **مسألة:** إذا طلق ثم شك في عدد الطلاق بنىٰ علىٰ اليقين[٢].

خلافاً لمالك في قوله: تقع الثلاث[٣].

لأنه طلاق شك في وقوعه، فوجب أن لا يحكم بوقوعه، كما لو شك في أصل الوقوع، دليله: ما لو شك في أصله بنىٰ علىٰ اليقين، فإذا شك في عدده جاز أن يبني علىٰ اليقين، كالصلاة.

[**١٤٤٤/٦١**] **مسألة:** المبتوتة[٤] في المرض المخوف ترث[٥].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا ترث[٦].

---

(١) في المخطوط (أن).

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧٧؛ والمغني ١٠/ ٥١٤؛ والإنصاف ٩/ ١٣٩-١٤٠؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٦٣؛ والأم ٥/ ٢٧٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٩٢؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٠٣.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ١١٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨١.

(٤) المراد بالمبتوتة هي التي طلقت طلاقاً يحرم رجعتها علىٰ زوجها.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، وأحد القولين للشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦٧-٦٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٩٩٨؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٨؛ والغرة المنيفة ص ١٥٩؛ والمدونة ٢/ ١٣٢؛ ٢/ ١٣٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٣، وروضة الطالبين ٦/ ٦٧.

(٦) ورجحه النووي انظر: الأم ٥/ ٢٧١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٧.

لأنه طلقها في حال ثبت حقها في ماله، ولم يوجد من جهتها قبل الطلاق ولا بعده سبب يوجب سقوط حقها من الميراث، فوجب أن ترثه، دليله: لو قال لها وهو مريض: أنت خلية وبرية. ومات فإنها ترثه، ولا يلزم عليه إذا طلقها في حال الصحة، لأنه لم يثبت لها حق في ماله، وفي المرض قد ثبت لها / حق، والظاهر [٩٧] أنها وارثة مالم يحدث منها ما يسقط حقها، يبين صحة هذا: أنها تعترض عليه في الهبات والتبرعات فيما زاد على الثلث، ولا يلزم عليه: إذا سألته الطلاق، أو ارتدت ثم عادت إلى الإسلام، ثم مات الزوج، لأن ذلك سبب من جهتها فسقط حقها، ولا يصح قولهم: إن المعنى في الأصل أنها زوجة، لأنها عندنا بائن.

[**١٤٤٥/٦٢**] **مسألة:** ترث المبتوتة[(١)] وإن انقضت العدة مالم تتزوج، وكذلك المطلقة قبل الدخول ترث[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا ترث إذا لم تكن مدخولاً بها، ولا إذا كانت مدخولاً بها بعد انقضاء العدة[(٣)].

وخلافا لمالك في قوله: ترث وإن انقضت العدة وتزوجت[(٤)].

---

(١) أي في المرض المخوف.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وقال به الشافعي في القديم. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ٩٩٨؛ والمغني ٩/ ١٩٧، ٢٠٢-٢٠٣؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٤٥٣-٤٥٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٧-٦٨.

(٣) انظر: كتاب الحجة على أهل المدينة ٤/ ٧٨-٧٩؛ واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ٢١٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٤؛ والمغني ٩/ ٢٠٢.

(٤) انظر: المدونة ٢/ ١٣٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٨٣-٤٨٤.

فالدلالة على أنها ترث بعد انقضاء العدة للعلة التي تقدمت، ويكون أصلها بقاء العدة.

ولا معنى لقولهم: إن حقوق النكاح باقية بعد العدة وقد زالت، لأن المطلقة في الصحة إذا مات عنها وهي في العدة أحكام النكاح باقية ومع هذا لا ترث[(١)]، وعلى أن تحريم المصاهرة باقية بعد العدة، وهي من أحكام النكاح، وأما إذا تزوجت فإنه قد وجد منها ما يدل على الأعراض عن الزوج الأول، فوجب أن لا ترث، كما لو ارتدت.

ولأنا لو قلنا: ترث إذا تزوجت آدمياً ليلة أن ترث امرأة واحدة من أزواج وهذا مستقبح.

[١٤٤٦/٦٣] **مسألة:** فإن سألته الطلاق، فطلقها لم ترث[(٢)].

خلافاً لمالك، والثانية: ترث[(٣)].

لأنها لما سألته الطلاق فقد رضيت بإسقاط حقها، (والوارث)[(٤)] يجوز أن يسقط حقه عن مال المريض بفعله، وإن كان لا يسقط بفعل المريض، كما لو أقر أن

---

(١) هذا إذا كان الطلاق بائنا، أمّا المطلقة طلاقاً رجعياً فإنها ترث.

(٢) هذا المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٦٩-٧٢؛ ورؤوس المسائل/ ٩٩٩؛ والمغني ٩/ ١١٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨١؛ وفتح القدير ٤/ ١٤٧-١٤٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٠.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٥٣؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٣٥٣؛ والمغني ٩/ ١٩٩.

(٤) في المخطوط (وحق الوارث).

عبده حر، فصدقه الوارث، أو أقر لوارثه بجميع ماله، فصدقه.

ولأنها إنما ورثت بالطلاق في المرض في أنه متهم بأنه قصد إسقاط حقها، وإذا سألته فقد زالت التهمة، فيجب أن لا ترث، كما لو ارتدت.

[١٤٤٧/٦٤] **مسألة:** فإن قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق. فجاء رأس الشهر وهو مريض، ثم مات، أو قال لها في حال الصحة: أنت طالق إن فعل فلان كذا وكذا، ففعل في حال المرض ترثه [١].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا ترث [٢].

لأن البينونة وجدت في المرض من جهته، أشبه إذا علقه بصفة في حال المرض.

ولأنه لو قال: إذا مرضت فأنت طالق. فمرض طلقت، وورثته، كذلك ها هنا.

[١٤٤٨/٦٥] **مسألة:** إذا قال لامرأته يدك أو رجلك طالق. [تطلق] [٣]، وكذلك إذا قال لعبده أو أمته عتق [٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لاتطلق، ولا يعتق [٥].

---

(١) وبه قال المالكية انظر: رؤوس المسائل ٣/٩٩٩؛ والمغني ٩/٢٠٠، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ١٨.

(٢)انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/٢٨٢؛ وفتح القدير ٤/١٥٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٤؛ والمغني ٩/ ٢٠٠.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٧٦؛ والمغني ١٠/ ٥٠٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٣١؛ والإنصاف ٩/١٧؛ والمدونة ٢/ ١٢١؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٩٤.

(٥) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٣؛ والغرة المنيفة ص ١٥٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٦٤.

لأنه أشار بالطلاق إلىٰ عضو من أعضائها متصل بها إتصال خلقة، فوجب أن تكون الإشارة إليه كالإشارة إلىٰ الجملة، أصله: إذا قال: رأسك، أو فرجك، أو رقبتك، أو ظهرك، أو وجهك طالق. فإنها تطلق، ولايلزم عليه إذا أشار بالطلاق إلىٰ شعرها أو ظفرها، لأنه ليس / بعضو. [٩٨]

[١٤٤٩/٦٦] **مسألة:** فإن أشار بالطلاق إلىٰ الشعر، أو الظفر، أو السن لم يقع[١].

خلافاً للشافعي[٢].

لأن الشعر والظفر ينفصل عنها في حال السلامة، فإذا علق الطلاق به لم يقع، كما لو علقه بحملها وريقها، يبين صحة هذا: أن الحمل في حكم المتصل، بدليل: أنه يتبع في العتق والبيع، والريق أيضاً في حكم المتصل، لأنها لا تنفك عن الريق ومتىٰ نشف الريق من البدن ماتت.

[١٤٥٠/٦٧] **مسألة:** إذا أبانها دون الثلاث، فنكحت زوجاً غيره ودخل بها، ثم نكحها الأول فإنها تعود معه علىٰ ما بقي من الطلاق للأول[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: تعود علىٰ طلاق ثلاث[٤].

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٠٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/٩٧٦-٩٧٧؛ والمغني ١٠/٥١٣؛ وشرح الزركشي ٥/٤٣١؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤١٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/٤٥٣.

(٢)وبه قال مالك. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٧٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٠؛ والكافي في فقه المدينة المالكي ١/ ٤٧٩.

(٣) وهو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٦٣؛ والمقنع لابن البنا٣/ ٩٧٩؛ والمغني ١٠/ ٥٣٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٣٧؛ وبداية المجتهد ٢/٨٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٦٦.

(٤)انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص٢١٦؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢٠؛ والغرة المنيفة ص ١٦٠.

لأن الزوج الثاني لا يحتاج إليه في عودها إلىٰ الزوج الأول.

أو نقول: لا يحتاج إليه في إباحتها للأول، فوجب أن لا يؤثر في عدد الطلاق قياساً علىٰ الزوج الثاني والثالث والرابع، وكل وطء لم يكن شرطاً في الإباحة لم يعين حكم الطلاق، دليله: الوطء بملك اليمين.

[١٤٥١/٦٨] **مسألة:** الطلاق معتبر بالرجال دون النساء [١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو معتبر بالنساء دون الرجال [٢].

ويتبين الخلاف في حر تحته أمة، عندنا يملك ثلاثاً، وعنده يملك طلقتين، وفي عبد تحته حرة عندنا يملك طلقتين، وعنده ثلاثاً. وفي حر كانت تحته زوجته أمَة فطلقها طلقتين ثم ملكها عندنا تباح له بغير زوج، وعنده لا تباح إلا بعد زوج.

لأن الطلاق خالص ملك الزوج يختلف بالرق والحرية، فوجب أن يختلف برق الزوج وحريته، أصله: عدد المنكوحات يختلف برق الزوج وحريته، لأن الحر يتزوج أربعاً، والعبد يتزوج اثنتين [٣]، ولا يلزم عليه: العدة، لأنها تتعلق بحق الزوج، وحق الله تعالىٰ، والمغلب فيها حق الله تعالىٰ، ألا ترىٰ أنه إذا تحقق أن رحمها بريء من مائه وجبت العدة لحق الله تعالىٰ علىٰ

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣٩٩/١؛ ورؤوس المسائل ١٠٠٠/٣؛ والمقنع لابن البنا ٩٧٩/٣؛ والمغني ٥٣٣/١٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٤٧٣/١؛ والأم ٢٦٠/٥؛ وروضة الطالبين ٦٦/٦.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٤١٧؛ والغرة المنيفة ص ١٦١؛ وملتقىٰ الأبحر ٢٦٣/١.

(٣) انظر: المغني ٤٧١/٩.

سبيل العبادة، وهو إذا كانت المطلقة المدخول بها صغيرة أو آيسة لا تحبل مثلها، وكذلك إذا قال لامرأته الحامل: إذا ولدت فأنت طالق ثلاثاً، فإذا ولدت وقع عليها ثلاث تطليقات، وتجب عليها العدة لحق الله تعالىٰ علىٰ سبيل العبادة ورحمها بريء من مائة بيقين، ولا يلزم عليه: القسم، لأنه حق للزوج ولها، والمغلب فيه حق الزوجة، بدليل: أنها لو وهبت ليلتها لضرتها جاز.

ولأن الزوج حر، فكان طلاقه ثلاثاً كما لو كانت زوجته حرة، ولأنه عبد فكان طلاقه طلقتين، دليله: إذا كان زوجته أمةً

[١٤٥٢/٦٩] **مسألة**: إذا قال لها: أنت طالق واحدة في اثنتين. / وكان عارفاً [٩٩] بالضرب والحساب وقع طلقتان سواء نوىٰ بموجبه عند أهل الحساب أو أطلق ولم ينو[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تقع واحدة[٢].

وللشافعي في قوله: إن نوىٰ موجبه عند أهل الحساب وقع طلقتان، وإن أطلق وقعت طلقة[٣].

لأنه أوقع الطلاق علىٰ صفة تتضمن العدد في اللغة وفي موجب الحساب، فوجب أن يقع ما تضمنه. أو نقول: فلم يعتبر بنية، كما لو قال: أنت طالق طلقتين، يبين صحة هذا: أن أهل اللغة جعلوا للعدد عبارات، فتارة يقولون: واحدة في اثنتين. وتارة

(١) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ١٦٠؛ والإنصاف ٩/ ١٢-١٣، وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٥٢.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٤، وفتح القدير ٤/ ٢٢؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٦٤.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٧٨؛ وتكملة المجموع ١٧/ ١٢٧.

يقولون: اثنتين. ثم ثبت أن إحدىٰ العبارتين يقع بها العدد، ولا تعتبر النية فيه، كذلك العدد الثاني.

[١٤٥٣/٧٠] **مسألة:** إذا قال لامرأته: إن لبست فأنت طالق. وقال: عنيت ثوباً دون ثوب. دين فيما بينه وبين الله تعالىٰ[١].

خلافاً لأبي حنيفة [في][٢] قوله: لا يدين[٣].

لأنه لو قال: إن لبست ثوباً فأنت طالق. ونوىٰ ثوباً دون ثوب دين، كذلك إذا قال: إن لبست، لأن قوله: إن لبست. قد يتناول الملبوس من طريق المعنىٰ، ألا تراه أنه لو استثناه فقال: إن لبست إلا ثوباً أحمر. صح الاستثناء، وفي هذا جواب عن قولهم: لم ينو تخصيص اللبس، وإنما نوىٰ تخصيص الملبوس، وهو معنىٰ ملفوظ به فلم يصدق. لأنا قد بينا أن يمينه تناولت الملبوس من طريق المعنىٰ، فصح دخول التخصيص فيه، وقد قال أحمد في رواية مهنا[٤]: إذا قال أنت طالق وقال: نويت إن دخلت الدار. لم يصدق، فلم يصدقه في الدخول، لأنه غير ملفوظ به، وهذا محمول علىٰ أنه لم يصدقه في الحكم، لأنه خلاف الظاهر.

[١٤٥٤/٧١] **مسألة:** إذا قال لزوجته: أنت طالق أمس، أو طالق قبل أن أتزوجك. ذكر أبوبكر [أنه][٥] لا يقع الطلاق[٦].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٩.

(٤) هو مهنا بن يحيىٰ الشامي، السلمي، من تلاميذ الإمام أحمد. انظر: الدر المنضد ١/ ٨٠.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٣؛ والإنصاف ٩/ ٣٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٦؛ وفتح القدير ٤/ ٢٩.

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يقع الطلاق[١].

لأن الطلاق يرفع الاستباحة، والزوج يملك الاستباحة فيما يستقبل، فلا يملك رفعها في الماضي، فجرىٰ مجرىٰ إيقاع الطلاق قبل النكاح لما لم يكن مالكاً للاستباحة في الحال لم يصح رفعها.

[١٤٥٥/٧٢] **مسألة:** فإن قال لزوجته وهي غير مدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة. وقع عليها طلقة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٣]: تقع طلقتان[٤].

لأنها إذا لم تكن مدخولاً بها تبين بالواحدة فلا تبقىٰ زوجته حتىٰ تقع عليها الثانية، فهو كما لو قال: واحدة قبلها واحدة. وافق علىٰ ذلك[٥].

[١٤٥٦/٧٣] **مسألة:** إذا قدم الطلاق علىٰ شرطه، مثل قوله: أنت طالق قبل موتي بشهر، أو قبل شهر رمضان بشهر. وقع الطلاق قبل ذلك بشهر، وكذلك إن

---

(١) منهم المالكية، والشافعية. انظر: وروضة الطالبين ٦/ ١١٠؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٥٦، ومغني المحتاج ٣/ ٣١٤.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٣، والإنصاف ٩/ ٢٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٤.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وقال به المالكية، وأما مذهب الحنفية في هذه المسألة فإنّه إذا قال الرجل لزوجته التي لم يدخل بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة. وقعت واحدة، ولو قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة. تقع ثنتان. اهـ. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٦٢؛ وفتح القدير ٤/ ٥٦، وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٥٠.

(٥) أي أبو حنيفة.

كان فيما يجوز أن لا يوجد مثل أن يعلقه قبل قدوم زيد، أو دخوله الدار بشهر[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان الشرط يأتي لا محالة تقدم الطلاق عليه، وإن كان مما يجوز / أن لايوجد تأخر عنه[٢]. [١٠٠]

لأن تقدم الطلاق على وجود الشرط لا يمنع إيقاعه، فيجب أن يصح ويتقدم على شرطه، كما لو علقه بصفة تأتي، ويفارق هذا إذا قال: إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً. فإنه لايصح ذلك ويلغو، لأن في تصحيح ذلك ما يفضي إلى منع الطلاق فلغا، كما لو قال: أنت طالق أمس. يبين صحة هذا: أنه لا فرق بين قوله: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر. وبين قوله: أنت طالق إن قدم زيد، وإن دخلت الدار في أن الطلاق لا يقع في الحال، وإن كان أحدهما يأتي لا محالة، والآخر قد يأتي وقد لا يأتي.

[**١٤٥٧/٧٤**] **مسألة:** إذا قال لامرأته: إذا ولدت ولداً فأنت طالق. وقد أقر بالحمل، وقالت: قد ولدت. وكذبها الزوج، فالقول قولها ويقع عليها الطلاق.[٣][٤].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يقع (حتى)[٥] تشهد على الولادة[٦][٧].

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٤؛ والإنصاف ٩/ ٣٩-٤٠؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٦٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٠٦؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣١٣.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٨؛ والمبسوط ٦/ ١٢٠.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠١؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ١٩٨.

(٤) قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: لايقع الطلاق حتى يصدقها. انظر: المبسوط ٦/ ١٠٦.

(٥) في المخطوط (على) ولعله خطأ من الناسخ.

لأنه علق الطلاق بما هي أمينة فيه فكان القول قولها، دليله: إذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق، ولا يلزم عليه: إذا علق طلاق ضرتها بولادتها، لأنه لا يقبل قولها حتى تقيم البينة، لأن مثله (يقال)[1] في الحيض، وأنه لا يقبل حتى تقوم البينة.

ولامعنى لقولهم: إنه لا يمكن إقامة البينة عليه. لأنه يمكن ذلك، وذلك مذكور فيه إذا ادعت انقضاء العدة في شهر.

[١٤٥٨/٧٥] **مسألة:** إذا قال لامرأته: أنت طالق في غد. وقال: نويت آخر النهار. لم يصدق في الحكم. نص عليه[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يصدق[3][4].

لأنه نوى خلاف الظاهر فلم يصدق كما لو قال: أنت طالق غداً، وافق[5] إذا قال: غداً. لايصدق، وكذلك إذا قال: في غد.

[١٤٥٩/٧٦] **مسألة:** إذا شهد شاهد بثلاث تطليقات، وشهد آخر بتطليقتين

---

(٦) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٢٢٢.

(٧) مذهب المالكية: أنه إذا علق الطلاق بوضع الحمل، ففيه رويتان: إحداهما: تَنجز الطلاق الموقع فيه، والأخرى تأجيله. انظر: المعونة ٢/ ٨٤٤.

(١) في المخطوط (يقول).

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٢؛ والإنصاف ٩/ ٤٥-٤٦، والحاوي الكبير ١٠/ ١٩٣.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٥٥؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦.

(٤) مذهب المالكية في هذه المسأله أنه ينجز الطلاق في الحال. انظر: كتاب التلقين ١/ ٣٢٠.

(٥) أي أبو حنيفة.

فتقبل هذه الشهادة ويحكم باثنتين [١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقبل هذه الشهادة [٢].

لأن الاثنتين داخلتان في الثلاث، فمن شهد بالثلاث فقد شهد بالاثنتين، ألا ترىٰ أن من أقر بثلاثة دراهم فقد أقر بدرهمين، فقد حصلت الاثنتان متفقاً عليهما، فيجب أن تقبل شهادتهما ويحكم بالاثنتين، كما لو شهد أحدهما باثنتين والآخر باثنتين وواحدة.

[١٤٦٠/٧٧] **مسألة:** إذا قال لامرأته: أنت طالق متىٰ شئت. لم يقع بقول الزوج شيء حتىٰ تشاء المرأة، وكذلك إذا قال: حيث شئت [٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقع في الحال واحدة رجعية شاءت أو لم تشأ [٤].

لأن المشيئة لا تتعلق إلا بمعنىٰ يحدث، فلو أوقعنا الطلاق بقوله لم يكن لشرط المشيئة معنىٰ كما لو قال (كما) [٥] شئت، وحيث شئت.

---

(١) وبه قال المالكية، ولم أقف علىٰ توثيق مذهب الحنابلة في هذه المسألة، وكذلك لم أقف علىٰ مذهب الشافعية في هذه المسألة في كتبهم، ووجدت صاحب رؤوس المسائل الزمخشري الحنفي ذكر عن الشافعي أنها تقع واحدة. انظر: شرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٦٨، ورؤوس المسائل للزمخشري ص٤١٥.

(٢) انظر: اختلاف أبي حنيفة مع ابن أبي ليلىٰ ص ١٩٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٤١٥.

(٣) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٤؛ والإنصاف ٩/ ١٠٠؛ والمدونة ٢/ ١١٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٣٩.

(٤) رأي أبي حنيفة في هذه المسألة كرأي الجمهور. انظر: شرح بداية المبتدي ١/ ٢٧٢، وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٦٩.

(٥) في المخطوط (كم).

[١٤٦١/٧٨] **مسألة:** إذا طلقها تطليقة رجعية ثم قال لها قبل انقضاء العدة: قد جعلت تلك التطليقة بائناً أو ثلاثاً. لم تكن بائناً ولا ثلاثاً[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تكون كما جعلها[٢].

/ لأن الطلاق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه، ولا يتغير حكمه بما يلحقه به من [١٠١] الصفة، ألا ترىٰ أنه لو طلقها واحدة بائنة ثم أراد أن يجعلها رجعية لم يصح، كذلك إذا أوقعها في الابتداء رجعية ثم أراد أن يجعلها بائنة.

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٧٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٠٣؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٠٥.

كتاب الرجعة[1]

[١٤٦٢/١] **مسألة:** الطلاق الرجعي لا يحرم[2].[3]

خلافاً للشافعي في قوله: يحرم[4].

لأنه طلاق لا يزيل الملك، فوجب أن لا يوجب التحريم، كالطلاق المعلق بالشروط، وطلاق الصبي.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه هناك[5] لم يقع الطلاق وها هنا[6] قد وقع، لأنه وإن كان واقعاً فإنه لم يزل الملك، فلم تزل الإباحة.

---

(١) الرجعة: بفتح الراء أفصح من كسرها، قال ابن فارس: الرجعة: مراجعة الرجل أهله، وقد تكسر. انظر: معجم مقاييس اللغة، ولسان العرب، مادة «رجع».

وشرعاً: اعادة مطلقة غير بائن إلىٰ النكاح من غير استئناف عقد. انظر: المبدع ٧/ ٣٩٠؛ والدر النقي ٣/ ٦٨٥.

(٢) أي لا يحرم وطء الرجعية ولمسها، والنظر إليها، وسائر الاستمتاعات.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٦٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ٣٥؛ والمغني ١٠/ ٥٥٤؛ والإنصاف ٩/ ١٥٠؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٤٢١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٤ـ٢٨٥، ٢٨٨؛ وفتح القدير ٤/ ١٧٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٤.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٢٦٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٩٦.

(٥) أي في الطلاق المعلق وطلاق الصبي.

(٦) أي في الطلاق الرجعي.

[**١٤٦٣/٢**] **مسألة**: الوطء في الطلاق الرجعي يوجب الرجعة[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا تصح الرجعة إلا بالقول[٢].

لأنه مخير بين القول الذي يبطل حكم المدة[٣] وبين تركه حتى تمضي المدة، فوجب أن يقوم الوطء فيها مقام القول، دليله: إذا ابتاع أمة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فوطئها قبل مضي الخيار، إن الوطء في المدة يقوم مقام القول، ولا يلزم عليه: إذا طلق إحدى نسائه أن يقرع، ولو وطئ لم يكن مختاراً، لأنه ليس هناك مدة تنقضي، وكذلك إذا جَنَت أمته فإنه بالخيار بين الدفع والفداء (ولما)[٤] وطئها لم يكن مختاراً، لأنه ليس هناك مدة تنقضي، ولا يلزم عليه الحربي إذا أسلمت امرأته أن يكون مخيراً بين القول الذي يبطل حكم المدة، وهو أن يسلم فتبقى المرأة على نكاحها، ولا تبين بمضى المدة وبين تركه إلى أن تمضي، ثم الوطء لا يقوم مقام القول وهو الإسلام، لأن الحربي لا يكون مخيراً بين الإسلام وبين تركه، بل الإسلام واجب عليه، وليس كذلك الزوج، لأنه مخير بين القول الذي يبطل حكم المدة وبين تركه.

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٥؛ والمغني ١٠/ ٥٥٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٤٨؛ والإنصاف ٩/ ١٥٤؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٤-٢٨٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٥؛ والمدونة ٢/ ٢٢٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٨٥.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢٦٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٩٦.

(٣) المراد بالمدة هو مدة العدة.

(٤) في المخطوط (ولم) ولعله خطأ من الناسخ.

ولأنه معنىٰ طارئٌ علىٰ النكاح يفضي إلىٰ البينونة، فجاز إبطاله بالفعل، أصله: خيار المعتقة إذا مكنت زوجها من نفسها، ولا يلزم عليه عدة الوفاة، لقولنا: معنىٰ طارئٌ يفضي إلىٰ البينونة، والوفاة تسبق البينونة فيها العدة، وكذلك اختلاف الدين البينونة سابقة باختلاف الدين.

[١٤٦٤/٣] **مسألة:** اللمس لشهوة والنظر إلىٰ الفرج لا يوجب الرجعة[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية: يوجب الرجعة[٢].

لأن المباشرة لا توجب الغسل فلا تثبت الرجعة، دليله: القبلة لغير شهوة، وقبلة الصغير.

[١٤٦٥/٤] **مسألة:** إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم وطئها فلا مهر عليه[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: إن وطئها ولم يراجعها بعد الوطء حتىٰ انقضت عدتها فعليه مهر المثل، فإن راجعها بعد الوطء لم يسقط المهر[٤].

لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، فلو وجب المهر بوطئها وجب عليه في ملك واحد مهران، وهذا لا يجوز، فهو كالطلاق المعلق بشرط.

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعي انظر: المغني ١٠/ ٥٦٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٤٩؛ والإنصاف ٩/ ١٥٤؛ والأم ٥/ ٢٦٠.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٤ـ٢٨٥؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٧٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٤؛ والمغني ١٠/ ٥٦٠.

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٦؛ والمغني ١٠/ ٥٤٤، ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢١، وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٤١٧.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٢٦٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ١٩٦.

[١٤٦٦/٥] / **مسألة:** الإشهاد على الرجعة مستحب وليس بواجب[(١)]. [١٠٢]

خلافاً للشافعي في أحد قوليه، والثانية: الإشهاد واجب لا تصح الرجعة بعدمه[(٢)].

لأن الرجعة حق للزوج بدلالة قوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾[(٣)] فلم يفتقر في استيفائه إلى الإشهاد. كسائر الحقوق.

ولأنه عقد لا يفتقر إلى الولي، فلا يفتقر إلى الشهود، كالبيع والإجارة.

[١٤٦٧/٦] **مسألة:** إصابة الزوج بعد الطلاق الثلاث شرط في عودها إلى الأول[(٤)].

خلافاً لداود في قوله: ليس بشرط[(٥)].

لما روي أن امرأة[(٦)] رفاعة[(٧)] جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إني كنت زوجة

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/١٦٨-١٦٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٢؛ والمغني ١٠/ ٥٥٩؛ والإنصاف ٩/ ١٥٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٧٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٨٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٤.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢٦١؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/١٦٨-١٦٩؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠٠٦؛ والإنصاف ٩/ ١٥٢.

(٣) البقرة «٢٢٨».

(٤) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٤؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠٠٦؛ والمغني ١٠/ ٥٥٠؛ والإنصاف٩/ ١٦٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي٢/ ٢٨٩؛ وملتقى الأبحر١/ ٢٧٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٨٧؛ والأم٥/ ١٦٥.

(٥) لم أجد قول داود في المحلى وصاحب المحلى ابن حزم مذهبه في هذه المسألة أن إصابة الزوج الثاني شرط في عودها إلى الأول. انظر: المحلى ١٠/ ١٧٧.

(٦) هي تميمة بنت وهب أبي عبيد القرظي. انظر: أسد الغابة ٧/ ٤٣؛ والإصابة ١/ ٥١٨.

(٧) هو رفاعة بن سموأل، وقيل: رفاعة بن رفاعة القرظي، من بني قريظة. انظر: أسد الغابة ٢/ ٢٢٨.

رفاعة فطلقني فبت طلاقي وإني تزوجت عبدالرحمن بن الزبير وإن معه مثل هدبة الثوب. فقال: «أتريدين أن ترجعي إلىٰ رفاعة؟ لا حتىٰ يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[1] معناه لذة جماعها.

[١٤٦٨/٧] **مسألة:** الوطء في النكاح الفاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول[2].

خلافاً للشافعي في أحد القولين[3].

لأنه وطء لم يوجبه عقد، فلا يبيحها للزوج الأول، كوطء المولىٰ، والوطء بشبهة.

[١٤٦٩/٨] **مسألة:** الوطء في الإحرام، والصيام، والحيض لا يبيح المرأة لزوجها الأول، وبهذا قال مالك.[4].

وقال أبوحنيفة، والشافعي: تقع الإباحة[5].

لأنه وطء لم يوجبه عقد نكاح، فلا يبيحها للزوج، دليله: وطء المولىٰ، أو

---

(١) رواه البخاري في الطلاق: باب من جوز الطلاق الثلاث. لقول الله تعالىٰ ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ (٥٢٦٠) ٣/٤٠٢؛ ومسلم في النكاح: باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتىٰ تنكح زوجاً غيره ويطأها. (١٤٣٣) (١١١) ٢/ ١٠٥٥.

(٢) وبه قال الجمهور، وهو الصحيح من القولين عند الشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٣٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٧؛ والمغني ١٠/٥٤٩؛ والإنصاف ٩/ ١٦٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٩؛ وبداية المجتهد ٢/٨٧؛ والأم ٥/ ٢٦٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص١٨٣.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص١٨٣.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٨؛ والمغني ١٠/ ٥٥١؛ والإنصاف ٩/ ١٦٦؛ والتفريع ٢/ ٦١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٨٧.

(٥) انظر: الحجة علىٰ أهل المدينة ٤/ ١٠٤؛ والأم ٥/ ٢٦٦.

وطء الشبهة.

ولأنه وطء لحق الله تعالىٰ لمعنىً فيها أو فيه، فلم تتعلق به الإباحة، دليله: الوطء في الموضع المكروه، والوطء للمرتدة، وفي النكاح الفاسد، ولا يلزم عليه: إذا قهرها علىٰ نفسها ووطئها قبل دفع صداقها، لأن تحريم ذلك لحق الآدمي، ولا يلزم عليه: إذا وطئها في المسجد، لأن ذلك التحريم لا لمعنىً فيها، وإنما هو المسجد.

[١٤٧٠/٩] **مسألة**: الصبي الذي يجامع مثله [إذا][1] وطئ بنكاح صحيح (فإنه)[2] يحلها للأول[3].

خلافاً لمالك في قوله: لا يحلها[4].

لأنه جماع ممن يجامع مثله، فوجب أن تتعلق به الإباحة، كوطء البالغ.

[١٤٧١/١٠] **مسألة**: إذا طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً، وتزوجت ذمياً، ووطئها أحلها للمسلم[5].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) في المخطوط (فإنها).

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٠٨؛ والمغني ١٠/٥٥٢؛ والإنصاف ٩/ ١٦٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٩؛ وفتح القدير ٤/ ١٨٠؛ والأم ٥/ ٢٦٥.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٨٧.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٠٨؛ والمغني ١٠/٥٥٢؛ والحجة ٤/٦٩؛ وفتح القدير ٤/ ١٨١؛ والأم ٥/ ٢٦٥.

خلافاً لمالك في قوله: لا يحلها[١].

لأن أنكحتهم صحيحة، دليله: أنه نكاح يقر أهله عليه، فكان صحيحاً كأنكحة المسلمين.

[١٤٧٢/١١] **مسألة:** الخلوة توجب العدة، وتثبت الرجعة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، في قوله: تثبت العدة ولا تثبت الرجعة[٣].

لأنها توجب العدة من الطلاق، فجاز أن تثبت بها الرجعة، كالدخول.

ولا معنى لقولهم: إن العدة حق لله، والرجعة حق للزوج، فإذا تصادقا على أنه لم يكن[٤] يجب أن[٥]، لأنه يلزم عليه المهر يجب بالخلوة، وإن تصادقا على عدم الدخول.

[١٤٧٣/١٢] **مسألة:** له الرجعة ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة[٦].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٨٧.

(٢) انظر: المغني ١٠/ ٥٦٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٥٠.

(٣) جاء في فتح القدير ٤/ ١٦٠ ما نصه: «ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبي يوسف في رواية». اهـ. وهو قول المالكية. انظر: الذخيرة ٤/ ٣٧٥.

(٤) هكذا بالمخطوط ويظهر لي أن فيه سقطاً في الكلام.

(٥) هكذا بالمخطوط ويظهر لي أن فيه سقطاً في الكلام.

(٦) انظر: المغني ١٠/ ٥٥٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٢٣؛ والإنصاف ٩/ ١٥٧.
ورأي مالك، والشافعي في هذه المسألة أن له الرجعة عليها ما لم تحض الحيضة الثالثة. انظر: المدونة ٢/ ٢٢٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٥؛ والأم ٥/ ٢٦٠.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن انقطع لأكثر الحيضة فلا رجعة، وإن انقطع لأقله ولم يمض عليها وقت صلاة ملك، وإن مضى لم يملك[1].

لأنها / ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض المعتد به من العدة، فملك الرجوع، [١٠٣] كما لو انقطع لأقله ولم يمض عليها وقت الصلاة.

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٦؛ وفتح القدير ٤/ ١٦٦.

كتاب الإيلاء(١)

[١٤٧٤/١] **مسألة:** إذا آلىٰ من امرأته فلم يقربها حتىٰ مضت أربعة أشهر لم تبن فيه، ويوقف بعد مضي المدة، فإن فاء إليها تركا علىٰ نكاحهما، وإن امتنع من الفيء بعد مضي المدة أُمر بالطلاق، فإن امتنع طلق الحاكم عليه(٢).

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله](٣): إذا لم يقربها حتىٰ مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء(٤).

لأنها يمين بالله تعالىٰ، فلم يقع بها الطلاق، إذا قال: والله لاأقربك شهراً.
وإن شئت قلت: لم يأت بلفظ الطلاق، أشبه ما ذكرنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إنّه هناك لا يتعلق به وجوب الوطء، وهذا يتعلق به لما لم يتعلق به، لأنه لا ضرر عليها في ذلك، وفي الأربعة فصاعداً عليها ضرر، فأما في

---

(١) الإيلاء: مصدر آلىٰ يؤلي إيلاء: إذا حلف، فهو مول، والجمع: آلايا. انظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة «آلىٰ».

وشرعاً: هو الحلف علىٰ ترك وطء الزوجة في القبل. انظر: المغني ١١/ ٥، والمبدع ٨/ ٣.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٣؛ ومسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٢/ ١٨٢؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٠-١٧١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٩؛ والمغني ١١/ ٣٠-٣١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٦٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٦؛ والمنتقىٰ ٤/ ٢٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٠٠؛ والأم ٥/ ٢٨٧-٢٨٩؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣١٨.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٠.

إيقاع الطلاق فإنهما سواء، لأنها يمين بالله.

ولأنها مدة شرعية لم تتقدمها فرقة فلم يتعقبها بينونة، دليله: مدة العنة، ولايدخل إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق. لأنها ليست شرعية، ولا يدخل عليها العدة، لأنه قد تقدمها فرقة، ولايلزم عليه الفرقة باختلاف الدين، لأن البينونة هناك لا تتعقب المدة، بل تبين أنها وقعت مبتدأه منذ اختلف الدينان.

[١٤٧٥/٢] **مسألة:** إذا حلف لا يقربها أربعة [أشهر] (١) لم يكن مولياً حتىٰ يحلف علىٰ أكثر من أربعة أشهر (٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يكون موليا (٣).

لأن اليمين لا تبقىٰ بعد مدة التربص، فلم يكن مولياً، دليله: لو حلف لا وطئها ثلاثة أشهر، ولايلزم عليه: إذا حلف زيادة علىٰ أربعة أشهر، لأن اليمين لا تبقىٰ.

[١٤٧٦/٣] **مسألة:** إذا طلق بعد انقضاء المدة فهي رجعية (٤).

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٩؛ والمغني ١١/ ٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٦٢؛ والإنصاف ٩/ ١٧٥-١٧٥؛ والمدونة ٢/ ٣٢٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٥؛ وبداية المجتهد ٢/ ٩٩-١٠٢؛ والأم ٥/ ٢٨٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٢٠.

(٣) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٩٨؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٧١؛ والهداية بداية المبتدي ٢/ ٢٩٠؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٧٩.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٠٩؛ والمغني ١١/ ٤٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٧٤؛ والإنصاف ٩/ ١٨٥؛ والمنتقىٰ ٤/ ٣٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٠٢؛ والأم ٥/ ٢٩٠؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٣٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الطلقة التي تقع بائنة[١].

لأنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً قياساً على الطلاق من غير الإيلاء.

[١٤٧٧/٤] **مسألة:** فإن ارتجعها في العدة أو بعد انقضائها وقد بقى من المدة أكثر من أربعة أشهر ضرب (له)[٢] أجلاً يأتها[٣].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: لا يضرب له أجلاً[٤].

لأن الإيلاء يتضمن الفرقة، فجاز أن يبقى حكمه في النكاح الثاني، كالطلاق يبقى حكمه في النكاح الثاني وهو نقصان العدد.

ولأن حكم اليمين الأولى باقية في النكاح الثاني وهو إيجاب الكفارة بالوطء فيه يجب أن تكون المدة باقية، لأنها من حكمها.

[١٤٧٨/٥] **مسألة:** إذا امتنع الزوج من الطلاق طلق الحاكم عليه[٥].

---

(١) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٩٧-١٩٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٠؛ والمبسوط ٧/ ٢٠.

(٢) في المخطوط «لها».

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٨؛ والمغني ١١/ ٤٨.

(٤) انظر: المدونة ٢/ ٣٣١؛ والأم ٥/ ٢٩٠.

(٥) هذا هو المذهب عن الحنابلة، وبه قال المالكية، وهو الأظهر عند الشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ١٤٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٧؛ والمغني ١١/ ٤٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٧٢؛ والمنتقى ٤/ ٣٤؛ ومقدمات ابن رشد بهامش المدونة ٢/ ٣٢٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٠٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٢٩.

خلافاً للشافعي في أحد قوليه، والثانية: لا يطلق عليه، ولكن يضيق عليه ويلزمه أن يطلق هو[(١)].

لأنها مدة ضربت للفرقة، فجاز أن يكون للحاكم مدخل في تلك الفرقة، كمدة العنة، ولا يلزم عليه العدة، لأنها لم تضرب للفرقة.

[١٤٧٩/٦] **مسألة:** / وللحاكم أن يفسخ ويطلق ثلاثاً[(٢)]. [١٠٤]

خلافاً للشافعي في قوله: ليس له الفسخ ولا الطلاق الثلاث، وإنما يملك طلقة رجعية[(٣)].

لأنها فرقة ملكها الحاكم لرفع الضرر عن الزوجة فملك إيقاعها على وجه الفسخ، دليله: فرقة العنين، والإعسار بالنفقة[(٤)].

[١٤٨٠/٧] **مسألة:** إذا حلف بغير الله تعالى أن لا يصيب زوجته، كالعتق، والطلاق، والمال، وإيجاب العبادات لم يكن مولياً[(٥)].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٢٨-٢٢٩؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٥١؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٣٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٧٢، ومذهب الحنفية أنه بانتهاء مدة الإيلاء تبين منه. وسبق بيان ذلك في أول مسألة من كتاب الإيلاء.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٨؛ والمغني ١١/ ٤٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٧٣.

(٣) وبه قال ابن عبد البر من المالكية. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٢٩؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٥١؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٣٣؛ والكافي فيه فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٧.

(٤) فرقة العنين فسخ عند الحنابلة، وكذلك فرقة الإعسار بالنفقة. انظر: المغني ١٠/ ٨٤.

(٥) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٨٦؛ والمغني ١١/ ٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٦٠؛ والمدونة ٢/ ٣٢٠؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ٣/ ٤٩٥؛ والمنتقى ٤/ ٢٩.

خلافاً لأكثرهم يكون موليا[١].

وإنما يصح هذا على أصلنا إذا لم يقصد الإضرار بها، بل قصد رفع الضرر عنها، وهو إذا كانت مرضعة وخاف إن وطئها فتعلق فيجف اللبن، أو كانت مريضة وكان الوطء يضر بها، أو قصد رفع الضرر عن نفسه وكان الوطء يضره، فأما إن قصد بيمين الطلاق الإضرار، فإنه تضرب المدة، وعندهم تضرب في الحالين، لأنه منع نفسه من وطئها بغير اليمين بالله فلا يكون مولياً، كما لو حلف بالنبي وبالحرام.

[١٤٨١/٨] **مسألة:** مدة إيلاء العبد والأمة أربعة أشهر، كالحر والحرة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الإعتبار في الأجل بالنساء، فإن كانت أمة فمدة إيلائها شهران سواء كان الزوج حراً أو عبداً، أو كانت حرة فمدتها أربعة أشهر حراً كان الزوج أو عبداً[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: الاعتبار بالأجل بالرجال، فإن كان الزوج عبداً فمدة إيلائه شهران حرة كانت أو أمة، وإن كان حراً فمدته أربعة أشهر حرة كانت أو

---

(١) منهم الحنفية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٠٣؛ وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٤/ ٢٠٣؛ والأم ٥/ ٢٨٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٠٦؛ والمغني ١١/ ٥.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٢-١٧٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١١؛ والمغني ١١/ ٣٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٦٧؛ والإنصاف ٩/ ١٨٣؛ والأم ٥/ ٢٨٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٢٥.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٢؛ وفتح القدير ٤/ ٢٠٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٧٩.

أمة[١].

لأنها مدة يرفعها الوطء بكل حال، فوجب أن يستوي فيها الحر والحرة، والعبد والأمة، دليله: مدة العنة، ولا يلزم عليه مدة العدة، لأن الوطء لا يرفعها بكل حال، لأن البائن لا يرفع عدتها بالوطء.

[١٤٨٢/٩] **مسألة:** يصح إيلاء الكافر، وفائدته: أنه يوقف بعد إسلامه ويؤخذ بالكفارة[٢].

خلافاً لمالك في قوله: لا يصح إيلاء الكافر[٣].

لأنه نكاح يقر أهله عليه، أشبه نكاح المسلم.

ولأن من انعقدت يمينه بالله تعالىٰ صح إيلاؤه. كالمسلم، ولا خلاف أن يمينه تنعقد عند الحكام.

[١٤٨٣/١٠] **مسألة:** لا يصح إيلاء الأجنبية[٤].

---

(١) انظر: المدونة ٢/ ٣٣٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٦؛ والمنتقىٰ ٤/ ٣٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٠٣.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٢؛ والمغني ١١/ ٢٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٣٦؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٧٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٠٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٤٣.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ٣٣٥؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ٩٣.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٢؛ والمغني ١١/ ٢٣؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٧١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٠٤؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٧٩؛ والأم ٥/ ٢٨٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٠٥.

خلافاً لمالك في قوله: يصح الإيلاء من الأجنبية، فإن تزوجها وقد بقي من مدته أكثر من أربعة أشهر وقف منها(١).

لأن الإيلاء هو الامتناع باليمين من وطء مستحق عليه، وهذا المعني معدوم في الأجنبية، وكل من لم يقع طلاقه المباشر لم يصح إيلاؤه، كالصبي والمجنون.

[١٤٨٤/١١] **مسألة:** إذا ترك وطء الزوجة مضاراً ودام/ ذلك بغير يمين كان [١٠٥] في حكم المولي، وكذلك إن قال: أنت طالق لأفعلن كذا وكذا، أو إن لم أفعل كذا. ليمنع من وطئها حتىٰ يفعل ذلك ضربت المدة ويكون في حكم المولي(٢).

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما](٣): لا تضرب له المدة بغير يمين(٤).

لأ[نه](٥) ممتنع من وطء زوجته زيادة علىٰ أربعة أشهر مع قصد الإضرار وانتفاء الأعذار، فيجب أن تضرب له المدة فيكون في حكم المولي، كما لو حلف بالله تعالىٰ، يبين صحة هذا: أنه إنما يصير مولياً إذا منع نفسه مدة يضر بها، وما دونها لا يكون مولياً.

[١٤٨٥/١٢] **مسألة:** إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم آلىٰ منها صح الإيلاء

---

(١) انظر: المدونة ٢/ ٣٢٥.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٣؛ والمغني ١١/ ٥٣؛ والإنصاف ٩/ ١٦٩-١٧٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٠؛ والمنتقى ٤/ ٣٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ١٠١.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ١٦١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٠٦.

(٥) ساقط من المخطوط.

ويكون ابتداء مدة الإيلاء من حين الإيلاء لا من حين مراجعتها[(١)].

خلافاً للشافعي في قوله: المدة من حين مراجعتها[(٢)].

لأن الطلاق يلحقها، فإذا آلى منها كانت المدة عقيب الإيلاء، كغير المطلقة، أو نقول: مالك لبضعها، أشبه ماذكرنا.

[١٤٨٦/١٣] مسألة: إذا آلى منها فخرجت من المصر، أو نشزت، أو مرضت مرضاً منعه من الوطء لها، أو حبست بحق أو بغير حق، أو كانت صغيرة لا يمكن وطئها احتسبت عليه بالمدة في ذلك، وتكون فيئته إليها بلسانه[(٣)].

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][(٤)]: لا يحتسب عليه زمان الغيبة، والمرض، والصغر من المدة[(٥)].

لأن الناشز عليه ردها بالحاكم، والغائبة يمكنه أن يجتمع معها في مدة الإيلاء، فصار كما لو كانت بحضرته.

ولأنه لا يخلو إما أن يتمكن من وطئها، أو يتعذر وطؤها، فإن كان ممكناً اعتد بالمدة، وإن كان متعذراً ففيأته القول، ولا يسقط حكم المدة، كالمريض.

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٣؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٧٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩١؛ والمنتقى ٤/ ٣٤.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٢٥؛ مغني المحتاج ٣/ ٣٤٩.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٣؛ والمغني ١١/ ٣٤ـ٣٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٦٨؛ والإنصاف ٩/ ١٨٤؛ وبدائع الصنائع ٣٧/ ١٧٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٢؛ وفتح القدير ٤/ ٢٠٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٠.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: المدونة ٢/ ٣٢٦؛ والمنتقى ٤/ ٢٢٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٢٧؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٤٤.

[١٤٨٧/١٤] **مسألة:** إذا آلىٰ (المجبوب)[١] من امرأته كان مولياً وفيئته القول، وكذلك إن كانت المرأة رتقاء[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون مولياً[٣].

لأن العجز عن الوطء لا يمنع صحة الإيلاء، كما لو آلىٰ منها وبينهما مسافة لا يصل إليها مدة الإيلاء.

[١٤٨٨/١٥] **مسألة:** إذا آلىٰ المريض من امرأته ودام المرض حتىٰ انقضت المدة ففاء إليها بقوله وهو أن قال لها: فئت إليك. سقط الإيلاء ولم يلزمه الوطء بعد القدرة[٤].

خلافاً للشافعي في قوله: يفيء بلسانه فيقول: إذا قدرت علىٰ الوطء وطئتك، فمتىٰ قدر (علىٰ)[٥] الوطء قيل له: إما أن تفيء أو تطلق، وهو ظاهر كلام الخرقي[٦].

---

(١) في المخطوط (المجنون) والصواب ماأثبته.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٤؛ والمغني ١١/ ٢٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٢؛ وفتح القدير ٤/ ٢٠٥.

(٣) وبه قال مالك. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٨٣؛ روضة الطالبين ٦/ ٢٠٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٥؛ والمنتقىٰ ٤/ ٢٧.

(٤) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٤؛ والمغني ١١/ ٤٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٦٩؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٢٦٦؛ والبحر الرائق ٤/ ٧٣.

(٥) في المخطوط (عليه).

(٦) وبه قال سحنون، وابن عبد البر من المالكية. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٢٧؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٤٩؛ والمدونة ٢/ ٣٢٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٩٧؛ والمغني ١١/ ٤٢.

لأنه قد وجد منه الفيء المانع من الطلاق، فصار كالفيء بالوطء.

[١٤٨٩/١٦] **مسألة:** إذا قال لأربع نسوه: والله لا وطئتكن. / كان مولياً [١٠٦] منهن[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون مولياً حتى يطأ إحداهن[٢].

لأنه لا يتوصل إلى وطء واحدة منهن إلا بحنث أو بغير إيلاء في صاحبتها، ويعتبر الإيلاء من أحكام اليمين، ومن لا يتوصل إلى الوطء إلا بلزوم حكم من أحكام الأيمان كان مولياً، كما قالوا فيه: إذا قال: إن قربتك فعليّ عتق عبد، أو صوم، أو صدقة. ولا يمنع نفسه من وطئهن بيمين بالله منعاً مطلقاً، أشبه إذا قال: والله لا وطئت كل واحدة منكن. فإنه يكون مولياً من كل واحدة منهن.

[١٤٩٠/١٧] **مسألة:** إذا قال: والله لا باشرتك، لامسستك، لا لمستك، لا باضعتك، لا أصبتك، لا غشيتك، لا افترشتك، لا أتيتك، لا قربتك. فهو صريح في الإيلاء. نص أحمد على قوله: لا قربتك لا غشيتك[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: ذلك كناية يرجع في تفسيرها إليه[٤].

لأن هذه الألفاظ وإن كانت تحتمل غير الوطء فإن عرف الشرع قد ورد بحملها

---

(١) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٥؛ المغني ١١/ ١٨؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٦٣؛ والمدونة ٢/ ٣٢٧.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢٨٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢١٤؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٤٧.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٥؛ والمغني ١١/ ٢٧؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٦٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٤٢٦.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٢٨٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٢٤؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٤٦.

علىٰ الوطء قال تعالىٰ: ﴿أَوْ لامستم النساء﴾[١]، وقال: ﴿ولا تُباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾[٢]، وقال: ﴿فلما تغشاها حملت حملاً خفيفاً﴾[٣]، وقال: ﴿ولا تقربوهن حتىٰ يطهرن﴾[٤]، وقال تعالىٰ: ﴿وتأتون في ناديكم المنكر﴾[٥].

[**١٤٩١/١٨**] **مسألة**: إذا حلف لا يطأها حتىٰ تفطم ولدها، أو ترضعه فهو مولٍ إذا كان بينه وبين الفطام والرضاع أكثر من أربعة أشهر[٦].

خلافاً لمالك في قوله: لا يكون مولياً[٧].

لأن الإيلاء يمين وتكفر، فصح تعليقها بصفة فعل من الأفعال، كغير الإيلاء.

[**١٤٩٢/١٩**] **مسألة**: إذا قال لزوجته: والله لا أقربك سنة إلا يوماً. فهو مولٍ[٨].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يكون مولياً[٩].

---

(١) النساء «٤٣».

(٢) البقرة «١٨٧».

(٣) الأعراف «١٨٩».

(٤) البقرة «٢٢٢».

(٥) العنكبوت «٢٩».

(٦) وبه قال الجمهور. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠١٦.؛ وبدائع الصنائع ٣/ ١٦٥؛ وروضة الطالبين ٦/٢٢٣.

(٧) انظر: المدونة ٢/٣٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٠؛ والمنتقى ٤/٣٦.

(٨) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٢٣٤؛ وحاشية المقنع لابن قدامة بهامشه ٣/ ٢٣٤؛ والمدونة ٢/ ٣٢١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢١٧؛ ومغني المحتاج ٣/٣٤٨.

(٩) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ١٧٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٠١؛ وشرح العناية علىٰ الهداية بهامش فتح القدير ٤/ ٢٠١.

لأن الإستثناء يكون من آخر المستثنى منه، يدل عليه: أنه لو قال: بعتك هذا العبد بألف درهم إلى سنة إلا يوماً كان اليوم مستثنى من آخر السنة، وكذلك إذا قال: أجرتك هذه الدار سنة إلا يوماً واحداً كان المستثنى آخر يوم من السنة، وإذا ثبت أنه من آخر السنة لم يصل إلى جماعها في المدة إلا بحنث يلزمه.

كتاب الظهار[١]

[١٤٩٣/١] **مسألة:** يصح ظهار الذمي[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: لا يصح ظهاره[٣].

لأن كل زوج صح طلاقه صح ظهاره، دليله: المسلم، ولا يلزم عليه: الوكيل يصح طلاقه ولا يصح ظهاره، لأن الوكيل ليس بزوج، وكل من صح إيلاؤه صح ظهاره، كالمسلم.

ولأنه تحريم يختص بقول الزوج فاستوى فيه المسلم والذمي، كالطلاق، ولا يلزم عليه: الردة أنها توقع تحريما ولا يستوي فيها الذمي والمسلم، لأن الردة لا تختص بالقول وإنما تختص بالاعتقاد والقول دليل عليه، مع أن الردة تصح من الذمي عندنا، وهو أن يبدل اليهودية بغيرها / من النصرانية والمجوسية. [١٠٧]

(١) الظهار لغة: مأخوذ من الظهر، وخصوا الظهر دون غيره، لأن كل مركوب يسمى ظهرا، لحصول الركوب على ظهره في الأغلب، فكأنه إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي، أراد في ركوب النكاح، حرام عليّ كركوب أمي للنكاح. انظر: لسان العرب؛ والمصباح المنير، مادة «ظهر»؛ والدر النقي ٣/ ٦٨٩.

وشرعا: هو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد، بها أو بعضو منها. انظر: المبدع ٨/ ٣٠.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٦؛ والمغني ١١/ ٥٦؛ والإنصاف ٩/ ١٩٧-١٩١؛ والأم ٥/ ٢٩٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٣٦.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢٥؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٠؛ والغرة المنيفة ص ١٦٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٠؛ والمنتقى للباجي ٤/ ٤٠.

[**١٤٩٤/٢**] **مسألة:** لا يصح الظهار من السيد في أمته[١].

خلافاً لمالك في قوله: يصح الظهار منها[٢].

لأن طريان التحريم على الملك لو أثر فيه لأثر في ابتدائه، كالنكاح لما كان طريان التحريم يؤثر في ابتدائه فلا يصح أن يعقد على ذات محرم، ولما جاز أن يملك ذات محرم لم يكن طريان التحريم عليه مؤثرا.

[**١٤٩٥/٣**] **مسألة:** إذا ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة فقال: أنتن عليّ كظهر أمي. أجزأه كفارة واحدة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد القولين للشافعي في[قولهما][٤]: يلزمه أربع

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود ص ١٧٦؛ ومسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٧؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠١٦؛ والمغني ١١/٦٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٨٣؛ والإنصاف ٩/١٩٩-٢٠٠؛ وبدائع الصنائع ٣/٢٣٨؛ وملتقى الأبحر ١/٢٤٨؛ والأم ٥/ ٢٩٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٣٦؛ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٧.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠١؛ والمنتقى ٤/ ٣٧؛ والقبس ٢/ ٧٣٧؛ ومقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام بهامش المدونة ٢/ ٣١٦-٣١٧.

(٣) وبه قال مالك، وأحد القولين للشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٣؛ والمغني ١١/ ٧٨؛ والإنصاف ٩/ ٢٠٧-٢٠٨؛ والمدونة ٢/٣٠١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٢؛ والمنتقى ٤/٤١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٩؛ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٤.

(٤) ساقط من المخطوط.

كفارات[١].

لأنها كلمة يتعلق بمخالفتها كفارة، فوجب أن تكون كفارة واحدة، أصله: إذا قال: والله لا أطأكن. فإنه يتعلق بالحنث فيه كفارة واحدة، كذلك ها هنا، يبين صحة هذا: أن الظهار يمين، كالإيلاء، بدليل قول النبي ﷺ لأوس بن الصامت: «وكفر عن يمينك»[٢] فسماه يمينا.

ولأن كفارة الظهار عقوبة تجب لقول المنكر والزور[٣] فتداخلت كحد القذف، وذلك أنه لو قذف جماعة بكلمة واحدة، فعليه حد واحد، كذلك هذا.

ولا معنى لقولهم: إن ذلك لو كان بكلمات وجب حد واحد، لأنا لا نسلم ذلك، بل يجب حدود، كما لو كان الظهار بكلمات وجب كفارات.

ولأن الظهار يوقع تحريماً والكفارة ترفعه، كما أن الطلاق يوقع تحريماً والرجعة ترفعه، ثم ثبت أنه لو طلق أربع نسائه بكلمة واحدة وقع التحريم بوقعة واحدة، كذلك هذا.

[١٤٩٦/٤] **مسألة:** إذا قال لواحدة من نسائه: أنت عليّ كظهر أمي. ثم قال للأخرى: وأنت عليّ مثلها، أو كهي، أو شريكتها. فإنه يكون مظاهراً منهما

(١) هذا أصح القولين عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٢٦؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٨٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٩.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) هذا مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢].

جميعاً، ويلزمه لكل واحدة كفارة نوىٰ أو أطلق. نص عليه[(١)].

خلافاً للشافعي في قوله: إن نوىٰ كان مظاهراً منهما، فإن أطلق كان مظاهراً من الأولىٰ دون الثانية[(٢)].

لأن «الواو» للعطف وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه.

ولأنه لو طلق إحدىٰ نسائه وقال للأخرىٰ: أنت شريكتها. وقع الطلاق عليهما صريحاً، كذلك هذا.

[١٤٩٧/٥] **مسألة**: إذا كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة لزمه كفارة واحدة سواء نوىٰ استئناف الظهار أو لم ينوه[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة، في[قوله][(٤)]: تكرر الكفارة بتكرره سواء نوىٰ استئناف الظهار أو لم ينوه[(٥)].

وخلافاً لمالك في قوله: إن نوىٰ استئناف الظهار كان ظهاراً، وإن لم ينوه لم

---

(١) وبه قال الجمهور. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٧؛ والمغني ١١/ ٨٠؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٨٤؛ والمدونة ٢/ ٣١٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٢؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤١.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢٩٤ـ٢٩٥؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٦٥.

(٣) وبه قال الشافعي في أحد قوليه. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٧؛ والمغني ١١/ ١١٤؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٠٩؛ والإنصاف ٩/ ٢٠٦ـ٢٠٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٠٥؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٣.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٥؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٨٤.

يكن[١].

لأنها يمين تكفر، أو لفظ يوجب كفارة، وإذا تكرر وتعقبه حنث كفى فيه كفارة واحدة، كاليمين بالله تعالى، وكذلك يجزيه لو قال: والله لا وطئتك بعده والله لا وطئتك. ثم وطئها، فإنه تلزمه كفارة واحدة، كذلك ها هنا.

/ ولأن الظهار كالقذف، ثم القذف بعد القذف يوجب حداً واحداً[٢]، كذلك [١٠٨] الظهار.

[١٤٩٨/٦] **مسألة:** لايحل للمظاهر الإستمتاع باللمس، والقبلة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي في أحد قوليه، والثانية: يحل له[٤].

لأنه تحريم يتعلق بقول الزوج، فاستوىٰ فيه الوطء واللمس، كالتحريم المتعلق بالطلاق.

ولأنه قول تعلق به تحريم الوطء، فوجب أن يتعلق به تحريم اللمس والقبلة،

---

(١) انظر: المنتقىٰ ٤/ ٤٦؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٤٤٥.

(٢) انظر: المغني ١١/ ١٨٤.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، وأصحاب مذهبه، وقد أخطأ المؤلف في نسبه القول إلىٰ أبي حنيفة في هذه المسألة بالجواز، وهذا القول بالحرمة أحد قولي الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٨؛ والمغني ١١/ ٦٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٨٤؛ الإنصاف ٩/ ٢٠٤؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٧؛ وشرح فتح القدير ٤/ ٢٤٧؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٤؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٩.

(٤) وهذا هو أظهر القولين عند الشافعية. انظر: المدونة ٢/ ٣٠٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣؛ والمغني ١١/ ٦٧؛ والمنتقىٰ ٤/ ٣٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٤، والمغني ١١/ ٦٧.

دليله: إذا زوج المولىٰ أمته، يبين صحة هذا: أن هذا الاستمتاع مقصود كالوطء.

[١٤٩٩/٧] **مسألة:** إذا ظاهر منها وقتاً بعينه صح الظهار ولم يجز وطؤها في المدة حتىٰ يكفر، فإن مضت المدة ولم يكفر سقط الظهار وجاز وطؤها بغير كفارة[١].

خلافاً لمالك [في قوله][٢]: يبطل التوقيت ويتأبد التحريم[٣].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: لا يصح الظهار[٤].

لأنه قول يفضي إلىٰ كفارة، فجاز أن يتوقت بالتوقيت، كاليمين بالله تعالىٰ.

ولأنه معنىٰ يختص بالنكاح ولا ينافيه، فجاز أن يتوقت، كالإيلاء، ولا يلزم عليه الطلاق، لأنه ينافيه.

ولأن التحريم فيه موقت من طريق الحكم بالتكفير، فإذا وقته بالقول فقد فعل مقتضاه، فلم يبطل.

[١٥٠٠/٨] **مسألة:** إذا قال لامرأته: أنت عليّ كوجه أمي، أو صدرها، أو

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٣/ ١٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٩؛ والمغني ١١/ ٦٨؛ واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ١٩٨؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٨؛ والإشراف علي مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المنتقىٰ ٤/ ٣٨؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٤٤٠.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٤٨.

يدها، أو رجلها فهو مظاهر[١].

خلافاً لأبي حنيفة، في قوله: لا يكون مظاهراً حتىٰ يشبهها بعضو لا يجوز له النظر إليه[٢].

لأنه شبهها بعضو من أعضاء الأم يحرم التلذذ به، أشبه إذا شبهها بظهر أمه.

[**١٥٠١/٩**] **مسألة:** إذا شبه امرأته بظهر من لا تحل له علىٰ التأبيد كان مظاهراً، أُما كانت أو أختاً، أو حرمت عليه بسبب مثل الرضاع (والمصاهرة)[٣]. [٤]

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي في قولهم: إذا شبهها بالأم والجدة فهو ظهار، فإن شبهها بالبنت والأخت ففيه قولان، وإن شبهها بمن كانت حلالاً وحرمت بعد ذلك، كالمرضعة وأم امرأته لم يكن مظاهراً[٥].

لأنه شبهها بمن لا تحل له علىٰ التأبيد، فأشبه الأم، ولا يلزم عليه: إذا قال: أنت عليّ كظهر فلانة. امرأة قد زنا بأمها لأنا لا نعرف الرواية مع أنه لا يلزم، لأن

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠١٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٢؛ والأم ٥/ ٢٩٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٣٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٧؛ وفتح القدير ٤/ ٢٥١.

(٣) في المخطوط «المظاهرة».

(٤) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٣٤٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠١٩؛ والمغني ١١/ ٥٧؛ والإنصاف ٩/ ١٩٣؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٧؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٨٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠١؛ والمنتقىٰ ٤/ ٣٩؛ والأم ٥/ ٢٩٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٠؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٤.

تلك قد تحل له بحال إذا عقد عليها بحكم الحاكم، ولا يلزم عليه: إذا شبهها بظهر البهيمة، لقولنا: «بمن» ومن في اللغة لمن يعقل والبهائم مما لا تعقل، على أن البهائم ليست من جنس ما يتعلق الظهار به، وليس كذلك الأقارب، لأنهن من جنس من يتعلق الظهار به.

[١٥٠٢/١٠] **مسألة:** فإن شبهها بظهر أبيه، أو ابنه، أو أخيه، فإنه يكون مظاهراً[١].

خلافاً للشافعي، والثانية: لا يكون مظاهراً[٢].

لأنه شبهها بمن لا يحل له على التأبيد بحال، أشبه إذا شبهها بظهر أمه.

[١٥٠٣/١١]/ **مسألة:** فإن شبهها بظهر أجنبية لم يكن ظهاراً[٣]. [١٠٩]

خلافاً لمالك، والثانية: [يكون مظاهراً][٤][٥].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٨-١٧٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٠؛ والمغني ١١/ ٥٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٧٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠١؛ والمنتقى ٤/ ٣٩؛ والقبس ٢/ ٧٣٧.

(٢) وبه قال الكاساني من الحنفية. انظر: الأم ٥/ ٩٥؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٤٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٨-١٧٩؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٣.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/ ٣٤٧؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٠؛ والمغني ١١/ ٥٨؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٧٩؛ والإنصاف ٩/ ١٩٥-١٩٦؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٨؛ والأم ٥/ ٢٩٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٠.

(٤) زيادة من المحقق لإتمام المعنى.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠١؛ والمنتقى ٤/ ٤٨؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٧٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٠.

لأنه شبهها بمن قد يحل له التلذذ بها، فلم يكن مظاهراً، كما لو شبهها بزوجة له أخرىٰ محرمة عليه بصيام أو حيض أو إحرام.

[١٥٠٤/١٢] **مسألة:** فإن قال: أنت عليّ مثل أمي، أو أنت أمي. كان ظهاراً[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي[في قولهما][٢]: إذا لم يكن له نية فلا حكم له[٣].

لأنه أطلق تشبيه امرأته بأمه، فلم تخل من وجوب التحريم به، أصله: إذا ذكر الظهر.

وقولنا: «أطلق تشبيه امرأته بأمه» احتراز منه إذا قال: أنت مثل أمي في الكرامة. أنه لايكون ظهاراً، لأنه لم يطلق التشبيه.

ولأن لفظ الظهار يوقع تحريماً في الزوجة، فلم يقف صريحه علىٰ لفظه، كالطلاق، وعندهم يقف علىٰ لفظه، وهي التشبيه بالظهر.

[١٥٠٥/١٣] **مسألة:** فإن شبه عضواً من امرأته بظهر أمه ولم يشبه جملتها كان ظهاراً[٤].

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٢٠؛ والمغني ١١/٦٠؛ والإنصاف ٩/ ١٩٣-١٩٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠١؛ والمنتقىٰ ٤/٣٨؛ والقبس ٢/ ٧٣٦؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٥.

(٢) زيادة من المحقق لإتمام المعنىٰ.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/٢٩٧؛ وفتح القدير ٤/ ٢٥٣؛ وملتقىٰ الأبحر / ٢٨٣؛ والأم ٥/٢٩٦؛ وروضة الطالبين ٦/٢٣٩.

(٤) وبه قال مالك، وأظهر القولين للشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢١؛ والمغني ١١/٦٤؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٨١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٢؛ والمنتقىٰ ٤/ ٣٨؛ والقبس ٢/ ٧٣٦؛ والأم ٥/ ٢٩٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٣٨-٢٣٩.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان عضواً لا يعبر به عن الجملة لم يكن ظهاراً[١].

بناه على أصله في الطلاق.

وخلافاً للشافعي في أحد القولين: لا يكون ظهاراً[٢].

لأن كل موضع لحقه الطلاق لحقه الظهار في الجملة.

ولأنه لفظ لا يقتضي تحريم الوطء، فإذا علق بالعضو سرى إلى الجملة، أصله: الطلاق.

[١٥٠٦/١٤] **مسألة**: إذا أضاف الظهار إلى الملك فقال: إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي. صح[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يصح[٤].

لأنه لفظ يوجب الكفارة، فصح تقدمه على النكاح، دليله: اليمين بالله تعالى، وذلك أنه لو حلف على أجنبية أن لا يطأها ثم تزوجها، فإنه تجب الكفارة، كذلك الظهار، وكل امرأة صح إضافة اليمين إليها صح الظهار إليها، كالزوجة، ويفارق الطلاق من وجهين، أحدهما: أنه لا يكفر، وهذا يكفر.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٣٨؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٤٧.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢١؛ والمغني ١١/ ٧٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٨٧؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٢؛ والمدونة ٢/ ٢٠٣؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٢.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٢٩٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٣٧.

ولأن الطلاق حل عقد فلم يتقدم العقد، والظهار معناه: أن يصادف مباحة فيحرمها، وهذا موجود في الأجنبية.

[١٥٠٧/١٥] **مسألة:** معنى العود [المذكور في كتاب الله هو][١] العزم على وطئها[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: العود هو إمساكها على النكاح عقيب الظهار، فإن أمسكها زماناً يمكنه طلاقها استقرت الكفارة، وإن قال عقيب الظهار: أنت طالق. سقط عنه الظهار[٣].

وخلافاً لداود في قوله: العود هو تكرار اللفظ[٤].

فالدلالة على أن إمساكها لا يكون عوداً: أن الإمساك ضد التخلية، والظهار لا يقتضي التخلية، فلا يكون إمساكها على النكاح عوداً، ويفارق هذا العزم (على الوطء)[٥]، لأن الظهار يقتضي التحريم، فإذا أراد وطئها واستباحها فقد رجع [ ][٦] التحريم [ ][٧] أن يسمى عائداً كما قال النبي ﷺ: «العائد في هبته»[٨] [أي][٩]

---

(١) ساقط من المخطوط وأثبته من كتاب رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢١.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢١-١٠٢٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩١؛ والمغني ١١/ ٧٣؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٨٥؛ والإنصاف ٩/ ٢٠٤-٢٠٥؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٦؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠١؛ والمنتقى ٤/ ٤٩؛ والقبس ٢/ ٧٣٩؛ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٧.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٢٩٦-٢٩٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٥-٢٤٨.

(٤) انظر: المحلى ١٠/ ٤٩.

(٥) كلمة لم تتضح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٦) كلمات لم تتضح بالمخطوط لوجود تلف فيه من جراء التأكل.

(٧) كلمات لم تتضح بالمخطوط لوجود تلف فيه من جراء التأكل.

(٨) رواه البخاري في الهبة وفضلها والتحريض عليها: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (٢٦٢١)؛ ٢/ ٢٤٢.

(٩) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

الذي يرجع فيها.

ولأنه لو كان الإمساك عوداً وجب إذا طلقها رجعية [ ][١]/ لأن الرجعة لا [١١٠] ترفع الزوجية.

ولأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فلا تجب الكفارة فيه، فالإمساك كالإيلاء.

والدلالة على داود حديث سلمة بن صخر لما أتى النبيﷺوأخبره أنه ظاهر من امرأته فقال له: «اعتق رقبة»[٢] فنُقِلَ حكم وهو الأمر بالعتق، وسبب وهو الظهار، ولم يعتبر إعادة اللفظ، فالظاهر تعليق الحكم بذلك السبب.

ولأنه وطئها بعد الظهار، فكان عوداً كما لو أعاد اللفظ، فأما قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[٣] يحتمل أن يراد به إعادة اللفظ على ما قالوه، نحو قوله [تعالى][٤]: ﴿يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾[٥]. ويحتمل أن يكون المراد بالرجوع: المخالفة لما اقتضاه قوله من التحريم، نحو قوله ﷺ: «العائد في هبته كالعائد» المراد به المخالف لما اقتضاه قوله من مخالفة اللفظ، وليس المراد به عود هبة ثانية [ ][٦]، يبين صحة هذا وأن المراد به المخالفة لما اقتضاه قوله: أنه لو صرح به لفظاً فقال: ثم

(١) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء التآكل، ولعلها: ثم أمسكها يكون رجعة.

(٢)رواه البخاري في الصوم: باب إذا جامع في رمضان، ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر، (١٩٣٦) ٢/ ٤١؛ ومسلم في الصيام: باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم (١١١١) (٨١) ٢/ ٨٧١.

(٣) المجادلة «٣».

(٤)زيادة يقتضيها سياق الكلام لم تذكر بالمخطوط.

(٥)المجادلة «٨».

(٦) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء تاكله.

يعودون لما قالوا من المخالفة. كان كلاماً صحيحاً.

ولأنه لا يجوز أن يكون المراد به العود في اللفظ، لأن اللفظ الثاني يفيد ما أفاده الأول، ولا معنىٰ لتعلق الكفارة.

[١٥٠٨/١٦] **مسألة:** فإن طلقها عقيب الظهار فمتىٰ عادت إليه في نكاح ثان عاد الظهار، وكانت محرمة عليه قبل التكفير[١].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: يسقط الظهار[٢].

لأن الطلاق معنىٰ يوجب التحريم فلا يمنع بقاء حكم الظهار، كالظهار، ولا يجوز أن يقال: إن المانع البينونة، لأنه لو ملك زوجته الأمة وقد ظاهر منها بانت منه ولا تسقط الكفارة، فامتنع أن تكون البينونة هي المانعة.

ولأنه قد صح الظهار منها مطلقاً فلا يسقط حكمه إلا بالكفارة، كما لو أمسكها علىٰ النكاح، وفيه احتراز من الظهار المؤقت أنه يسقط بمضي الوقت[٣].

[١٥٠٩/١٧] **مسألة:** إذا وطء المظاهر قبل التكفير أثم واستقرت الكفارة في ذمته، فإن طلقها، أو مات عنها وجب إخراجها[٤].

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، وأحد القولين للشافعي. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص ٣٦٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩١؛ والمغني ١١/ ٧٢؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٧؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٥؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ١/ ٥٠٢؛ والمنتقىٰ ٤/ ٥٠؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٨.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٢٩٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٦.

(٣) سبق ذكره في مسألة [١٥٠٣/ ٧].

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٣-١٨٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٦؛ والإنصاف ٩/ ٢٠٥-٢٠٦؛ والمدونة ٢/ ٣٠٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤٧؛ والأم ٥/ ٢٩٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٤؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢٩١.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تستقر الكفارة في ذمته، وتسقط، فإن طلقها، أو مات عنها لم يلزمه إخراجها[١].

لأنها كفارة فجاز أن تثبت في الذمة كسائر الكفارات، ولا يلزم عليه كفارة الوطء، لأنها قد تجب اللعه[٢] له وهو إذا كان موسراً حين الوطء.

ولأنها كفارة، تجب بسبب من جهته (وليس من جهتها، فوجب أن تثبت)[٣] في ذمته، كسائر الكفارات.

ولا معنىً لقولهم: إن تلك تجب بسبب سابق، وهذه تجب بفعل مستقبل، وهو الإباحة، لأنه قد وجد ذلك الفعل المستقبل وهو الوطء[٤]، فيجب أن تجب الكفارة، كما أن كفارة اليمين تجب عليه بأمر مستقبل، وهو الحنث / وإذا وجد [١١] الحنث وجبت الكفارة.

[١٥١٠/١٨] **مسألة:** إذا وطء امرأته التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً، فعليه أن يستقبل الصيام[٥].

---

(١) نظر: بدائع الصنائع ٣/٢٣٥.

(٢) هكذا بالمخطوط ولم تتضح لي.

(٣) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء التآكل ولعلها ما أثبت.

(٤) هكذا بالمخطوط ولم تتضح لي.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٤ـ١٨٥، ١٨٧ـ١٨٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٤ـ٩٩٥؛ والمغني ١١/ ٩١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٩٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٠؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣ـ٥٠٤؛ والمنتقى ٤/ ٤٤.

خلافاً للشافعي، والثانية: لا يلزمه الاستقبال[(١)].

لأنها صفة متفق عليها في صوم الظهار، فتركها، فوجب الاستئناف، أصله: التتابع.

ولأنه وطئها في خلال صومه عن ظهارها، فصار كما لو وطئها نهاراً عامداً.

[**١٥١١/١٩**] **مسألة:** الإيمان شرط في كفارة الظهار[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: [ليس بشرط][(٣)] [(٤)].

لأ[نه][(٥)] تكفير بعتق في كفارة، أو تحرير رقبة عن كفارة، فكان من (شرطه)[(٦)] الإيمان، أصله: العتق في كفارة القتل، ولا يلزم عليه إذا نذر عتق رقبة معينة وهي كافرة أنها تُجْزِئُ، لأنه ليس بعتق في كفارة.

ولأن الله تعالىٰ فرض في المال حقوق الزكاة والكفارات، ثم لا يجوز صرف

---

(١) هذا إذا وطئها ليلاً أو نهاراً ناسياً. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٧٦؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٧٤؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٤ـ١٨٥، ١٨٧ـ١٨٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٣.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٣؛ والمقنع ٣/ ٩٩٣ـ٩٩٤؛ والمغني ١١/ ٨١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٩٢؛ والإنصاف ٩/ ٢١٤؛ والمدونة ٢/ ٣١٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣؛ والمنتقى ٤/ ٤١١؛ والأم ٥/ ٢٩٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٥٥؛ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ٢٢٢.

(٣) زيادة من المحقق لإتمام المعنىٰ.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٩؛ وفتح القدير ٤/ ٢٥٨؛ والغرة المنيفة ص ١٦٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٤؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٣.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) في الأصل (شرط).

الزكاة إلىٰ أهل الذمة، كذلك الكفارات.

[١٥١٢/٢٠] **مسألة:** إذا أعتق عن ظهاره مكاتباً لم يؤد من كتابته شيئاً أجزأه[١].

خلافاً لمالك، والشافعي، والثانية: لا يجوز[٢].

لأنه عتق معلق بشرط في حال الحياة فلا يمنع عتقه في الكفارة، أصله: إذا قال: أنت حر إن دخلت الدار. ثم قال أنت حر عن كفارتي. ولا يلزم عليه: أم الولد، لأنه عتق معلق بشرط بعد الموت، ولا يلزم عليه: إذا أدىٰ شيئاً، لأن المانع سلامة البدل للمولىٰ عن رقبته.

ولأنه عتق معلق بأداء المال، فهو كما لو قال: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر.

ولأنه عقد على الرق بعوض، فلا يمنع جواز العتق عن الكفارة، كقوله: إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر.

ولأن عتق المولىٰ فسخ للكتابة فيقع العتق في (عبد)[٣] قن[٤]، وعند مخالفنا:

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٤٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٩؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦١؛ والغرة المنيفة ص ١٦٥؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢٢٢.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٣١٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣؛ والأم ٥/ ٢٩٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٦١؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٦.

(٣) في المخطوط (عند).

(٤) القِن بكسر القاف هو عبد ملك هو وأبواه، أو هو الخالص العبودة. انظر: مختار الصحاح، والقاموس المحيط، مادة «قنن».

أنه برأه من المال، فيقع العتق الذي اقتضاه عقد الكتابة. والدليل على صحة قولنا: أنه إتلاف للمعقود عليه، ومتى أتلف العاقد المعقود عليه قبل سلامة العاقد انفسخ العقد، كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض.

ولأ[نه][١] أعتق قبل حصول المقصود بالعقد فانفسخ، كما لو كان الخيار للبائع فأعتق العبد.

ولأنه علق عتقه بشرط (جائز)[٢]، وهوأن يقول: إذا جاء غدٌ فأنت حر. ولو كان عتقه براءة لم يصح تعليقه بشرط، كما لو قال: إذا جاء غدٌ فقد أبرأتك. ولا يقال: عتق الوارث عبدكم براءة،

ويصح تعليقه بشرط لأنا [ ][٣] وظاهر مذهبنا أنه لا يتعلق بشرط.

ولأن [ ][٤] يتعلق بشرط [ ][٥] العتق كان إعتاقاً، ولم يكن تعجيلاً [ ][٦] بشرط، أصله: إذا قال: أنت حر إن دخلت الدار. ثم أعتقه قبل دخوله.

[١٥١٣/٢١] **مسألة:** إذا اشترىٰ من يعتق عليه بالرحم، ونوىٰ حال الابتياع أن عتقه عن كفارته لم يجزئه، ذكره الخرقي في مختصره[٧].

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) في المخطوط «جاز».

(٣) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٤) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٥) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٦) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٧) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: مختصر الخرقي ص ١٣٠؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠٢٤؛ والمدونة ٢/٣١٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/٥٠٣؛ روضة الطالبين ٦/٢٦٢.

خلافاً لأبي / حنيفة في قوله: يجزئه[١]. [١١٢]

لأنه عتق مستحق بسبب منه سابق لنية الكفارة، فلا يجزئ صرفه إلىٰ الكفارة، أصله: إذا قال لعبده: إن فعلت كذا فأنت حر. وقال: إن فعلت أنا كذا فأنت حر. ولم ينوه عن الكفارة ونوىٰ عند وجود الصفة أن يكون عن الكفارة، فإنه لا يجزئ عن الكفارة، كذلك هاهنا، ولا يلزم عليه إذا أعتق المكاتب أنه يجزئ، لأن العتق المستحق بالسبب السابق لم يجزئه عن الكفارة، وإنما يحدث عتقاً مستأنفاً. وإن شئت [قلت][٢]: غير مستحق عن غير الكفارة فلا يجوز صرفه إلىٰ الكفارة، دليله: ما ذكرنا.

ولأنه عتق تعلق بالقرابة شرعاً فلا يجزئ عن الكفارة، أصله: إذا ورثه فإنه يملكه ويعتق عليه، ولا يُجزِئُه عن الكفارة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك العتق لا صنع له فيه، وهذا له فيه صنع، لأنه يبطل به إذا قال: إن اشتريتك فأنت حر. ثم اشتراه ينوي أن يكون عتقه عن كفارته عتق ولم يجزئه عن الكفارة، وإن كانت النية قد اقترنت بفعله.

ولأن العتق سبب يقع به التكفير فلا يصح وضعه في والده وولده، كالإطعام.

[**١٥١٤/٢٢**] **مسألة**: إذا أعتق عبده عن رجل بإذنه عن كفارته أجزأ سواء

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٠؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦٣.؛ والغرة المنيفة ص ١٦٦؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٨٤.

(٢) ساقط من المخطوط.

كان بجعل أو بغير جعل[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: إن كان بجعل أجزأ عنه، وإن كان بغير جعل لم يجزئ عنه[٢].

لأنه عتق عن الغير بإذنه، فوجب أن يكون حكمه كما لو باشره بنفسه، دليله: إذا أعتق عنه بجعل، ولا يلزم عليه: المعيبة، ومالا يجوز عتقه[٣] في الكفارة، لأن ذلك لو باشره بنفسه لم يجزئه، كذلك عن غيره.

[**١٥١٥/٢٣**] **مسألة**: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو موسر ونوىٰ عند الإعتاق أن يكون العتق الواقع عن كفارته أجزأه، وعليه قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسراً عتق نصيبه، فإذا أصاب مالاً واشترىٰ نصيب شريكه وأعتقه عن كفارته أجزأه[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، وأبي بكر في قولهما: لا يجزئُ عنه إذا ملك النصف الأخر موسراً كان أو معسراً[٥].

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٤؛ والمدونة ٢/ ٣١٣؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤٢؛ والأم ٥/ ٢٩٩؛ والمجموع ١٧/ ٣٧١.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ١/ ٥١١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٤.

(٣) في المخطوط (وما لا يجوز عتقه، ومالا يجوز عتقه) وهذا تكرار.

(٤) وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٦-١٨٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٥؛ والأم ٥/ ٢٩٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٦٣.

(٥) وبه قال مالك. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٠؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٧؛ والمدونة ٢/ ٣١٢؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤٢.

لأن من أصلنا أن العتق لا يتبعض حال اليسار[١]، فإذا أعتقه أحدهما وهو موسر عتق نصفه في الحال، وإن كان معسراً عتق نصفه، ثم عتق الباقي وتفريقه في الذمة (لا يمنع)[٢] من جوازه عن الكفارة [ ][٣] إذا أعتق نصف عبده عن كفارته، يبين صحته (أنه)[٤] يسري إلى الباقي.

[ ][٥] الباقي عن تلك الكفارة اجزأة ولم يمنع التفريق (صحة)[٦] الكفارة، يبين صحة هذا: أنه لو كان تعليق العتق نقصاناً لا يستوي فيه حدوثه في ملكه وملك غيره، كالعمى، والشلل، وقد ثبت أن تفريق العتق في ملكه / لا يمنع [١١٣] الإجزاء، وهو إذا أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم أعتق النصف الآخر عن كفارته[٧]، كذلك إذا تفرق في ملكه ولا فرق بينهما.

[١٥١٦/٢٤] **مسألة:** إذا أعتق نصف رقبتين عن كفارته أجزأه ذلك، وكذلك إذا كان عليه كفارتين من جنسين فأعتق رقبة عنها، ثم أعتق رقبة أخرى عنها أجزأه[٨].

---

(١) انظر المغني ١٤/ ٣٥١.

(٢) كلمة لم تتضح في الأصل من جراء تآكل المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٣) كلمتان أو ثلاث لم تتضح في الأصل من جراء تآكل المخطوط.

(٤) كلمة لم تتضح في الأصل من جراء تآكل المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٥) كلمتان أو ثلاث لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله.

(٦) كلمة لم تتضح في الأصل من جراء تآكل المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٧) انظر: المغني ١٣/ ٥٢٤-٥٢٥.

(٨) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٥؛ والإنصاف ٩/ ٢٢٢.

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وبعض الشافعية، وأبي بكر [في قولهم][1]: لا يُجْزِئُه[2].

لأن الأشقاص[3] بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير، بدليل نصاب الزكاة، فإن أنصاف الثمانين بمنزلة أربعين شاة بالإجماع، وكذلك نصفي شاتين في الهدي والأضحية وكفارات الحج بمنزلة شاة كاملة، وكذلك نصفي رقبتين في حكم الرقبة في إيجاب إخراج صدقة الفطر عنها، ولا يلزم عليه: إذا وجبت عليه شاة في الزكاة فأخرج نصفي شاتين، لأنه يحتمل الجواز ويحتمل المنع، وقد احترزنا عنه بقولنا: «فيما لا يمنع العيب اليسير» والعيب الشديد يمنع الإجزاء في الزكاة، والإشتراك عيب ونقص.

[١٥١٧/٢٥] **مسألة:** إذا كان عليه كفارات من أجناس كالظهار، والقتل، والفطر لم يجز التكفير إلا بنية معينة، فإن كانت من جنس واحد جازت بنية التكفير[4].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/ ٤٦٤؛ والمدونة ٢/ ٣١٢-٣١٤؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٤٤٩؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٥؛ والمجموع ١٧/ ٣٧١.

(٣) الشِقص بالكسر: القطعة من الأرض والطائفة من الشيء هكذا قال صاحب مختار الصحاح، مادة «شقص». وقال صاحب القاموس المحيط في مادة «شقص» الشِقص، بالكسر: السَّهم، والنصيبُ، والشِرْكُ.

(٤) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٦؛ والمغني ١١/ ١١٦-١١٧؛ والإنصاف ٩/ ٢٣٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٢؛ وفتح القدير ٤/ ٢٧٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٥.

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: إذا نوىٰ الكفارة فيهما جاز وسقط عنه إحدىٰ الكفارات[١].

لأنهما عبادة قد اختلف جنسهما لا يصح فعلهما بنية النفل، فوجب التعين لهما كالصلاة، والصيام، والنذر، والزكاة، ولا يلزم عليه إذا كان عليه حجان لأنه يصح فعلهما بنية النفل.

[١٥١٨/٢٦] **مسألة:** لا يجوز عتق رقبة معيبة عيباً يضر بالعمل[٢].

خلافاً لداود[٣].

لقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ**﴾[٤]، وقال تعالىٰ: ﴿**وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ مَا يَكْرَهُونَ**﴾[٥].

ولأن الأصل بقاء الكفارة في ذمته، فمن ادعىٰ براءة ذمته برقبة معيبة فعليه الدليل.

[١٥١٩/٢٧] **مسألة:** إذا كان عليه ظهاران فأطعم ستين مسكيناً كل مسكين

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٤٥٧؛ والأم ٥/ ٢٩٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٥٤.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٦؛ والمغني ١١/ ٨٢؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٩٣؛ والإنصاف ٩/ ٢١٥؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤٣؛ والأم ٥/ ٣٠٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٥٨.

(٣) انظر: المحلىٰ ١٠/ ٥٠.

(٤) البقرة «٢٦٧».

(٥) النحل «٦٢».

نصف صاع من بر ونواهما اجزأ عنهما[1].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يكون عن ظهار واحد[2].

لأنه لو فرق الدفع جاز، كذلك إذا جمع، كالكفارتين من جنسين.

ولأنهما لو كانا من جنسين ونواهما جاز، كذلك إذا كانا من جنس واحد، كما لو فرق.

[**١٥٢٠/٢٨**] **مسألة:** فإن كان مقطوع اليد والرجل من خلاف لم يجزئه [عتقه في الكفارة][3][4].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجزئ[5].

لأنه نقص يضر بالعمل ضرراً بيناً، فوجب أن يمنع من جواز عتقه في الكفارة، أصله: إذا كان مقطوع اليدين، أو الرجلين، أو كان مقطوع أحد اليدين مع أحد الرجلين من خلاف.

---

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٦٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/ ٢٦٨؛ متلقى الأبحر ١/ ٢٨٥.

(٣) ما بين المعكوفتين لم يذكر بالمخطوط.

(٤) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٤؛ والمغني ١١/ ٧٢؛ والإنصاف ٩/ ٢١٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٩٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٣؛ والأم ٥/ ٣٠٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٥٩.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩٩، وفتح القدير ٤/ ٢٦٠؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٧، وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٤.

[**١٥٢١/٢٩**] **مسألة:** إذا كان له عبد يحتاج إلىٰ خدمته، وهو أن يكون زمناً أو مريضاً/ أو كان مثله لا يخدم نفسه جاز له الصيام ولم يلزمه الإعتاق(١). [١١٤]

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يلزمه إعتاقه وإن كان به حاجة إليه ولا يجزئه الصيام، وكذلك لو كان واجداً لثمن الرقبة من الدراهم والدنانير وكان يحتاج إلىٰ خدمة عبد لزمه شراؤه عندهم(٢).

لأنه مال استغرقته حاجته فلا يلزمه إخراجه في الكفارة، أصله: المسكين، فإنه لا يلزمه بيعه وشراء رقبة للعتق.

[**١٥٢٢/٣٠**] **مسألة:** الإعتبار في الكفارات بحالة الوجوب، فإن كان فقيراً ثم أيسر أجزأه الصيام، وإن كان غنياً ثم أعسر لم يجزئه الصيام(٣).

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي [في قولهم](٤): الاعتبار بحالة الأداء(٥).

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٧؛ والمغني ١١/ ٨٦؛ والإنصاف ٩/ ٢١١؛ والأم ٥/ ٣٠٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٧٠؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢٢٩.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/ ٢٦٥؛ وشرح العناية علىٰ الهداية بهامش فتح القدير ٤/ ٢٦٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٤٥٠.

(٣) وهو أحد القولين للشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٨-١٨٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٧؛ والمغني ١١/ ١٠٩؛ والإنصاف ٩/ ٢٠٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٧٣.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: المبسوط ٨/ ١٣؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٥١٢؛ والمدونة ٢/ ٣٠٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٥؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٤٥٠؛ والأم ٥/ ٣٠١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٧٣.

لأنها طهرة عن ارتكاب محظور، فوجب أن يكون الإعتبار فيها بوقت الوجوب، دليله: الحدود، فإنه لو وجب عليه الحد وهو عبد ثم أعتق حُد حَد العبيد، ولو وجب عليه وهو بكر فلم يحد حتىٰ صار ثيباً حد حد الأبكار، يبين صحة هذا: قول النبي - ﷺ -: «الحدود كفارات لأهلها».[1]

ولأنه حكم مقصود يختلف باليسار والإعسار، فاعتبر بحال الوجوب، أصله: ضمان المعتق لنصيبه من العبد، والحج، والزكاة، وتحمل العاقلة الدية، ولا يلزم عليه الطهارة، لأن الطهارة غير مقصودة، وإنما الصلاة مقصودة.

[**١٥٢٣/٣١**] **مسألة:** إذا شرع في الصوم ثم وجد الرقبة، فإن شاء بنىٰ علىٰ صومه، وإن شاء أعتق[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجب عليه العتق، ولا يجزئه الصيام[3].

لأنه قدر علىٰ البدل بعد التلبس بصوم البدل، فوجب أن لا يبطل البدل، أصله: إذا وجد المتمتع الهدىٰ بعد الدخول في صوم السبعة، يبين صحة هذا وأن صوم السبعة بدل عن الهدىٰ: أنه صوم يجب بشرط عدم الهدىٰ فكان بدلاً، دليله: صوم الثلاثة.

---

(١) رواه البخاري في الحدود: باب الحدود كفارة (٦٧٨٤) ٤/ ٢٤٧، ومسلم في الحدود: باب الحدود كفارة لأهلها (١٧٠٩) (٤١) ٣/ ١٣٣٣.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: مسائل الإمام أحمد ابنه صالح ١/ ٣٤٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٨؛ والإنصاف ٩/ ٢١١؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤٣؛ والأم ٥/ ٣٠١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٧٤؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢٢٧.

(٣) انظر: المبسوط ٧/ ١٢؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٥١٢.

[١٥٢٤/٣٢] **مسألة:** إذا أفطر لمرض لم يبطل تتابع الصيام[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في الجديد: يبطل[٢].

لأنه لا يأمن مثله في القضاء، فلم يوجب الاستئناف، كمن أكل في الصوم ناسياً[٣].

ولأن سبب الفطر بغير اختياره، أشبه الحيض، ولا يلزم عليه الفطر بالسفر أنه يقطع التتابع، لأنه باختياره.

[١٥٢٥/٣٣] **مسألة:** فإن اعترض صيامه يوم لا يصح (صيامه)[٤] عن كفارته، كيوم العيدين، وأيام التشريق لم ينقطع التتابع[٥].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي في قولهم: ينقطع[٦].

لأنه زمان مستحق فطره، فلم يقطع التتابع، دليله: زمان الحيض، والمرض،

---

(١) وبه قال مالك، وقول للشافعي في القديم. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ١/٣٩٦؛ ومسائل الإمام أحمد رواية أبي داود ص ١٧٦؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠٢٨؛ والمغني ١١/٨٩؛ وشرح الزركشي ٥/٤٩٦؛ والإنصاف ٩/٢٢٤؛ والمدونة ٢/٣٠٩، ٣١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكية ١/٥٠٤؛ والمنتقى ٤/٤٤؛ وتكملة المجموع ١٧/٣٧٥؛ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١/٢٢٥.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/٣٠٠؛ وفتح القدير ٤/٢٦٦؛ وتبيين الحقائق ٣/١٠؛ وملتقى الأبحر ١/٢٨٤؛ والأم ٥/٣٠١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٨٨.

(٣) انظر: المغني ٤/٣٦٧.

(٤) كلمة لم تتضح في المخطوط لوجود تأكل فيه وصحح من رؤوس المسائل ٣/١٠٢٨.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٢٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/٩٩٥-٩٩٦؛ والمغني ١١/١٠٣؛ وشرح الزركشي ٥/٥٠٣؛ والإنصاف ٩/٢٢٤.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/٣٠٠؛ وفتح القدير ٤/٢٦٦؛ وملتقى الأبحر ١/٢٨٤؛ والمدونة ٢/٣١٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/٥٠٤؛ والأم ٥/٣٠١؛ وروضة الطالبين ١/٢٧٨.

والقتل، ولا يلزم عليه الفطر في السفر (لأنه غير)[1] مستحق، وإنما هو جائز.

ولا معنى لقولهم: إنه لا يمكنه الاحتراز من ذلك / وها هنا يمكنه، لأنه [١١٥] (لو)[2] نذر اعتكاف شهر في غير الجامع جاز أن يخرج للجمعة، وإن كان يمكنه الاحتراز بأن ينذر في الجامع، وكذلك لو كان في جوار مسجدين أحدهما أقرب إلى داره من الآخر فاعتكف في الأبعد جاز أن يخرج إلى منزله لحاجة الإنسان، وإن كان يمكنه الاحتراز من تلك الزيادة في المشي، وكذلك من قرب زمان حيضها فصامت فإن الحيض لا يقطع التتابع، وإن كان يمكنها أن تحترز منه.

ولأنه غير ممتنع الدخول في العبادة في وقت يعلم أنها تخرج منه قبل إتمامها، مثل أن يدخل في صلاة الجمعة وقد بقي من الوقت مقدار ركعة، فإنه يجوز وإن كان يعلم أنه يتخللها ما يعلم أنه يقطعها، وهو خروج الوقت عندهم، وكذلك المسبوق بركعة يجوز له الدخول مع الإمام مع علمه أنه يصير منفرداً في آخرها، وإن كنا نعلم أن انفراد المأموم قبل الإمام يبطل.

[١٥٢٦/٣٤] **مسألة:** يعطى كل مسكين في الكفارة مداً من طعام، أو نصف صاع من تمر، أو نصف صاع من شعير[3].

(١) كلمتان لم تتضحا في الأصل ولعلهما ما أثبت.

(٢) في المخطوط (يكون).

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٥؛ والمغني ١١/ ٩٤؛ وشرح الزركشي ٥/ ١٠١ والإنصاف ٩/ ٢٣٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: [يعطىٰ لكل مسكين][1] نصف صاع من طعام، أو صاع من تمر، أو شعير[2].

وخلافاً لمالك في قوله: لكل مسكين مد بمد هشام بن إسماعيل ومبلغه فدَّانِ إلا ثلث بمد النبي ﷺ[3].

وخلافاً للشافعي في قوله: مد من الطعام، والتمر، والشعير[4].

لما روىٰ عبدالله بن أحمد قال: حدثنا إسماعيل قال: حدثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال: جاءت امرأة من بني بياضة بن سوار بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ للمظاهر: «أطعم هذا [ستين مسكينا][5] فإن مدين شعير مكان مد بر»[6]. وفي هذا دلالة علىٰ الجميع.

ويدل علىٰ أنه يجزئ نصف صاع تمر أو شعير: أنه تكفير بالإطعام، فيجب أن يجري أقل من صاع، دليله: الحنطة.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦٨؛ وتبيين الحقائق ٣/ ١٠-١١؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٨٤.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ٣٠٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٤؛ والمنتقىٰ ٤/ ٤٥.

(٤) انظر: الأم ٥/ ٣٠٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٧٩.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرىٰ في الظهار: باب لا يجزئُ أن يطعم أقل من ستين مسكيناً كل مسكين مداً من طعام بلده. السنن الكبرىٰ ٧/ ٣٩٢-٣٩٣؛ وقد حكم الألباني علىٰ هذا الحديث بالضعف، لأن أبا يزيد المدني تابعي وحديثه مرسل، وقال: لا يوجد في مسند الإمام أحمد. انظر: إرواء الغليل ٧/ ١٨١.

ويدل على أنه [لا][1] يجزئ مد تمر أو شعير: أنه تكفير بالتمر فلا يجزئ فيه أقل من نصف صاع، دليله: فدية الأذى.

[١٥٢٧/٣٥] **مسألة:** إذا أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً مع القدرة على عدد المساكين لم يجزئه، وإن لم يقدر على عددهم في بلده أجزأه[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجزئه سواء كان واجداً للمساكين أو لم يجد[3].

وخلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: لا يجزئه سواء كان واجداً للمساكين أو لم يجد[4].

فالدلالة على أنه لا يجوز مع القدرة: أنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة، فلم يجز الدفع إليه منها ثانياً مع القدرة على غيره، دليله: اليوم الأول.

ولأنه عدد موصوف، فإذا لم يجز الإخلال فيه بالصفة لم يجز الإخلال فيه بالعدد، كالشهادة، ولايلزم عليه الاستنجاء، لأنه يجوز الإخلال فيه بالصفة [ ][5] / إلى الحسب، ولا يلزم عليه العدد. [١١٦]

والدلالة على أنه يجوز ردها عليه في اليوم الثاني عند العدم: أنها صدقة أمر

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٠؛ والمغني ١١/ ٩٣؛ والإنصاف ٩/ ٢٣٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٧١؛ وتبيين الحقائق ٣/ ١٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٥.

(٤) انظر: المدونة ٢/ ٣١١، ٣٢٠؛ والمنتقى ٤/ ٤٥؛ والأم ٥/ ٣٠٢؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٧٧.

(٥) كلمة لم تتضح بالمخطوط لتلف به من جراء التآكل.

بصرفها إلىٰ عدد من المساكين، فجاز صرفها عند العدم إلىٰ واحد، دليله: لو وصىٰ أن يصرف ثلثه إلىٰ عدد من الفقراء فلم يوجد إلا واحد، والزكوات إذا عدم الأصناف الثمانية.

[١٥٢٩/٣٦] **مسألة:** إذا غداهم وعشاهم لم يجزئه حتىٰ يملكهم[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يجزئه[٢].

لأن الناس يتفاضلون في الأكل منهم من يأكل قليلاً، ومنهم من يأكل كثيراً، وقد (مر) [٣] علينا في باب الكفارات إخراج شيء مقدر لكل مسكين، وهذا لا يحصل بالإطعام، فلم يجزئه.

ولأنه مال يجب دفعه إلىٰ المساكين بالشرع، فوجب أن يكون من شرطه التمليك، أصله: الكسوة، والزكاة، فإنه لا يجوز أن نعيرهم الكسوة ليكتسوا بها، بل يجب أن يملكوها، ولا يلزم عليه إذا نذر أن يغدي عشرة من المساكين ويعشيهم، فقدم إليهم، فإنه يجزئه لأن وجوبه بإيجابه بالشرع.

[١٥٢٩/٣٧] **مسألة:** إذا كفر المظاهر بالإطعام وجب تقديمه علىٰ المسيس[٤].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٠؛ والمغني ١١/ ٩٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٥٤-٢٥٥؛ والمنتقى ٤/ ٤٥؛ والأم ٥/ ٣٠٢-٣٠٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٧٠؛ وملتقي الأبحر ١/ ٢٨٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٠؛ والمغني ١١/ ٩٧.

(٣) في المخطوط (أخذ).

(٤) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣١؛ وشرح الزركشي ٥/ ٤٨٢؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٤؛ وفتح القدير ٤/ ٢٥٨؛ والمدونة ٢/ ٣٠٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٤؛ والمنتقى ٤/ ٤٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨١؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢٢٠.

خلافاً لداود، وجماعة من أصحابنا، منهم: أبوبكر، وأبوإسحاق[١] في قولهم: يجوز تقديم المسيس عليه[٢].

فإن نصرنا قول أصحابنا فوجهه: أن تقديمه على المسيس صفة منصوص عليها في العتق والصيام، وغير منصوص عليها في الإطعام، فلم يكن شرطا فيه، دليله: التتابع في الإطعام فإنه ليس بشرط في الإطعام، وهو شرط في الصيام.

ولأنه تكفير بإطعام فلم يكن من شرطه تقديمه على وطء، دليله: كفارة القتل والجماع.

ولأن الله تعالى شرط تقديم العتق والصيام على المسيس ولم يشترطه في الإطعام[٣]، فلو كان شرطاً لبيّنه، ألا ترى أنه لما أوجب الدية والكفارة في موضعين، وأوجب الكفارة موضعاً لم تجب (الدية)[٤]، وهو قوله تعالى: ﴿**وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن [يَصَّدَّقُوا]**[٥] **فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ**

---

(١) هو إبراهيم بن أحمد بن عمر بن حمدان بن شاقلا، البغدادي، البزار، حنبلي المذهب. انظر: المنهج الأحمد ٢/ ٦٥؛ والدر المنضد ١/ ١٨٥.

(٢) انظر: المحلى ١٠/ ٥٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣١.

(٣) يشير إلى قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ﴿٣﴾ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ...**﴾ [المجادلة: ٣، ٤].

(٤) هكذا بالمخطوط ولعل صحتها (كفارة).

(٥) ساقط من المخطوط.

مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (١) فأوجب الدية والكفارة في (موضعين)(٢) ولم يوجبه في الآخر، فحمل المطلق على المقيد، كذلك ها هنا.

ووجه الأول: أنه أحد ما يكفر به عن ظهاره، فوجب أن يحرم قبله الوطء، كالعتق، والصيام.

[١٥٣٠/٣٨] **مسألة:** لا يجزيء في الكفارة إخراج القيمة (٣).

خلافاً/ لأبي حنيفة في قوله: يجزئ(٤). [١١٧]

لأنه أحد ما يكفر به، فلم يجز إخراج قيمته، كالعتق.

ولأنه مخرج في التكفير على وجه التقويم، فلم يجز، كما لو أخرج سكنى الدار(٥).

[١٥٣١/٣٩] **مسألة:** يجوز إخراج الدقيق لأوجه التقويم رواية واحدة، وفي إخراج الخبز روايتان(٦).

---

(١) النساء «٩٢».

(٢) كلمة لم تتضح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣١؛ والمغني ١١/ ١٠١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٥٤ـ٢٥٥؛ والمدونة ٢/ ٣١٠؛ والأم ٥/ ٣٠٢؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٨٤.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠١؛ وفتح القدير ٤/ ٦٨؛ وتبيين الحقائق ٣/ ١٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٥.

(٥) أي كما لايصح أن يجعل سكنى داره عن كفارته، فكذلك لا يصح إخراج القيمة عن كفارته.

(٦) وبه قال الحنفية، ومالك. انظر: مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود ص ١٧٦؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢٠/ ١٨٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣١؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٤١؛ والمدونة ٢/ ٣١٠.

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز إخراج واحد منهما[١].

لقوله تعالىٰ: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾[٢].

وروي عن ابن مسعود[٣]، وابن عباس[٤]، وابن عمر[٥] قالوا في تفسير الآية الوسط: الخبز والتمر، والخبز والزبيب.

ولأن ما وجب بلفظ الإطعام يجزيء فيه الخبز والدقيق، أصله: إذا نذر أن يطعم المساكين، يبين صحة هذا: أن النذور محمولة علىٰ أصولها في العروض، فلما جاز الخبز في النذر دل علىٰ أنه يجزيء في الواجب وهما سواء، لأن النذر وجب بسبب من جهته، وكذلك الكفارة.

[١٥٣٢/٤٠] **مسألة:** لا يجوز صرف الكفارة إلىٰ أهل الذمة[٦].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٨١؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٧٩.

(٢) المائدة «٨٩».

(٣) لم أقف علىٰ ما أثر عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ.

(٤) أثر ابن عباس أورده ابن كثير في تفسيره ٢/ ٦٣٠؛ وقال: قال ابن أبي حاتم، أنبأنا يونس بن عبدالأعلىٰ قراءة، حدثنا سفيان بن عيينة، عن سليمان بن أبي المغيرة، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس قال في قوله تعالىٰ: ﴿**من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾ قال: الخبز والزيت. اهـ، اسناد هذا الأثر عن ابن عباس صحيح فجميع رواته ثقات.

(٥) أثر ابن عمر رواه الطبري في تفسيره ١٠/ ٥٣٢؛ من طريقين الأول: من طريق هناد وابن وكيع قالا حدثنا أبو الأحوص، عن عاصم الأحول، عن ابن سيرين، عن ابن عمر موقوفاً. الثاني: من طريق ابن وكيع قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن ليث، عن ابن سيرين، عن ابن عمر موقوفاً.

(٦) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤووس المسائل ٣/ ١٠٣٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٥٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٢٥٢؛ والمدونة ٢/ ٣١٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٦٦.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز [١].

لأنه مال يجب دفعه إلىٰ الفقير بالشرع، فلا يجوز دفعه إلىٰ فقراء أهل الذمة، دليله: الزكاة.

[**١٥٣٣/٤١**] **مسألة**: يجوز دفع الكفارة إلىٰ المكاتب [٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز [٣].

لأنها صدقة، واجبة، فجاز دفعها إلىٰ المكاتب، كالزكاة.

ولأن من جاز دفع الزكاة إليه لحاجته جاز دفع الكفارات إليه كالحر، ولا يلزم عليه ابن سبيل، لأنه (يجوز)[٤] دفع الزكاة إليه، ولايلزم عليه العامل والغازي، لأنه يدفع إليه لحاجتنا مع أن ما يأخذه العامل بأجرة.

[**١٥٣٤/٤٢**] **مسألة**: إذا قالت المرأة لزوجها: أنت عليّ كظهر. أمي فإذا وطئها لزمتها كفارة الظهار[٥].

خلافاً لأكثرهم، والثانية: لا يجب عليها[٦].

---

(١) انظر: المبسوط ٧/١٨؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٥١٣.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٣٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة ٣/٢٥٣؛ والمدونة ٢/ ٣١٢.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٨٠؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٨١-٣٨٢.

(٤) في المخطوط «لا يجوز».

(٥) هذا المذهب عند الحنابلة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٢-١٩٣؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠٣٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٧؛ والمغني ١١/ ١١٢؛ وشرح الزركشي ٥/٥٠٦.

(٦) منهم مالك، والشافعي، ورواية عن الإمام أحمد. انظر: المنتقىٰ ٤/٤٨؛ والأم ٥/ ٢٩٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٢-١٩٣؛ والإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ١/ ٢١٦.

لأن المرأة أحد الزوجين، فجاز أن يتعلق بها كفارة الظهار، كالزوج، يبين صحة هذا [أن الكفارة][1] في حق الزوج لقول المنكر والزور، بلفظ مخصوص، وهذا موجود في حقها، ولا عقوبة تجب لقول المنكر والزور فتعلقت بالمرأة، كحد القذف، لأنها كفارة تجب في حق الرجل جاز أن تجب في حق المرأة، دليله: كفارة القتل، والنذر، والجماع.

(١) ساقط من المخطوط.

كتاب اللعان[١]

[١٥٣٥/١] **مسألة:** إذا نكل الزوج عن اللعان فعليه حد القذف[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحد، ويحبس حتى يلاعن[٣].

يدل على أن موجب قذف الزوج الحد وإنما يسقط عنه باللعان، وعندهم موجبه اللعان: لأنه حر قذف عفيفة يقاد بها، فوجب أن يلزمه الحد، كما لو قذف أجنبية، يبين صحة هذا: أن الأجنبي إنما لزمه الحد بالقذف، لإدخاله المعرة على المقذوف (وفي)[٤]الزوج أكثر، لأن قوله يقبل على زوجته أكثر مما / يقبل قول الأجنبي على الأجنبية، فكان إيجاب الحد أولى. [١١٨]

ولأنه لو كان الواجب بقذفه اللعان لوجب إذا أكذب نفسه بعد لعانه أن يسقط اللعان فلا يجب الحد فلما قالوا: إن الحد يجب. ثبت أن وجوبه بالقذف الأول.

[١٥٣٦/٢] **مسألة:** فإن لاعن الزوج ونكلت الزوجة عن اللعان حبست حتى

---

(١) اللعان: مصدر لاعن، كقاتل، يقال: لاعنه ملاعنة ولعانا، أي طرده وأبعده. انظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة «لعن».

وشرعاً: شهادات موكدات بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن وغضب. انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ٢٩.

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ٩٩٩؛ والمغني ١١/ ١٣٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٩؛ والأم ٥/ ٣٠٣.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٣؛ وفتح القدير ٤/ ٢٨١.

(٤) في المخطوط (وهو) وظهر لي صحة ما أثبت.

تلاعن أو تقر بالزنا [1].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: إذا امتنعت المرأة من اللعان حدت حد الزنا [2].

فيدل أن الواجب عليها بلعان الزوج اللعان دون الحد فإذا امتنعت من حق لزمها حبست، وعندهم لعانه يحقق عليها الزنا فيجب الحد ثم يسقط بلعانها، فإذا لم تلاعن حدت: لأن الحد لو وجب عليها بلعانه لم يسقط بلعانها، كالبينة.

ولأن الزوج لو شهد عليها بالزنا مع ثلاثة بعد قذفه لها لم يتحقق عليهاالزنا، فإذا شهد وحده أولى.

ولأن لعان الزوج نوع حجة ضعيفة، فلا يثبت به حد الزنا، كشهادة الرجل والمرأتين.

ولأن لعانه لا يحقق الزنا على الأجنبية فلا يحقق به الزنا على الزوجة، دليله: شهادة الرجل والمرأتين.

[١٥٣٧/٣] **مسألة:** العبد والكافر والمحدود في القذف إذا قذفوا زوجاتهم وجب اللعان، وكذلك المرأة الأمة والكافرة والمحدودة، ولا يعتبر أن يكون الزوج

---

(١) وبه قال أبوحنيفة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٣؛ والمغني ١١/ ١٨٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٣؛ وفتح القدير ٤/ ٢٨٢.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٩٩؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٩؛ والأم ٥/ ٣٠٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص١٩٠.

من أهل الشهادة[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: أنه إذا لم يكونا من أهل الشهادة لم يجب اللعان[٢].

لأن كل من صح قذفه صح لعانه. أو نقول: كل من صحت يمينه صح لعانه، كالحرين المسلمين غير المحدودين في القذف، وكل معنىً صح أن يخرج به من القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من ليس من أهلها، كالبينة.

ولأن اللعان يمين وليس بشهادة، لأن من شرطه ذكر الله، وذلك صفة اليمين دون الشهادة، ولايكون الإنسان شاهداً لنفسه، ويكون ملاعناً لنفسه كما يكون حالفاً، ويكون اللفظ غير معتبر في شيء من الشهادة ويعتبر في الأيمان في القسامة، والمرأة والرجل في اللعان سواء وهي على النصف من الرجل في الشهادة، وتساويه في اليمين ويصح لعان الفاسق والأعمى كما يصح يمينهما، ولاتصح شهادتهما، فدل على أنه بمنزلة اليمين دون الشهادة، وتصح يمين الكافر، والمملوك، والمحدود في القذف، فصح لعانهم.

[١٥٣٨/٤] **مسألة:** إذا قذف زوجته قذفاً مطلقاً لم يضفه إلى مشاهدة الزنا

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. وبه قال مالك. والشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٣؛ والمغني ١١/ ١٢٢-١٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٦؛ والأم ٥/ ١٤٢-١٤٣.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٣؛ وفتح القدير ٤/ ٢٨٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٣؛ والمغني ١١/ ١٢٣.

كان له اللعان[١].

خلافاً لمالك في أحد الروايتين: ليس له أن يلاعن إلا أن يضيف القذف إلى المشاهدة فيقول: رأيتها تزني[٢].

لأن كل ما صح الخروج به من القذف المضاف إلى المشاهدة صح الخروج به من القذف المطلق، كالبينة.

ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة / ، فجاز تحقيقه باللعان، كالقذف المضاف [١١٩] إلى المشاهدة.

[١٥٣٩/٥] **مسألة:** قذف الأخرس ولعانه صحيح إذا عقلت إشارته[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يصح قذفه ولا لعانه، فإن قذفها ناطقاً ثم خرس لم يصح لعانه[٤].

لأن كل من صحت يمينه يجب أن يصح قذفه ولعانه كالناطق.

وإن شئت قلت: من صح نكاحه، أو من صح إقراره، أو نقول: من صح طلاقه صح قذفه ولعانه، دليله: الناطق.

---

(١) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية، ورواية عن مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٤؛ والفتاوى الهندية ١/ ٥١٥؛ والكافي في الفقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٠٣.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٩٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٤؛ والمغني ١١/ ١٢٨؛ والمدونة ٢/ ٣٤٣؛ والأم ٥/ ٣٠٤.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥؛ وفتح القدير ٤/ ٢٩٣.

ولأن القذف واللعان حكم لا يستفاد إلا من جهته، فوجب أن تقوم الإشارة فيه عند العجز عن العبارة مقام العبارة، دليله: اليمين، والطلاق، ولايدخل عليه الشهادة، لأنها تستفاد من جهة غيره، ولا يلزم عليه الناطق، لأنه غير عاجز عن العبارة.

[١٥٤٠/٦] **مسألة:** إذا قال لزوجته: زنيت قبل أن أتزوج بك. فعليه الحد، وليس له أن يلاعن سواء كان هناك ولد يريد نفيه أو لم يكن[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلاعن[٢].

لأنه قذف لا يحتاج إليه، فوجب أن لا يتعلق به اللعان، أصله: إذا قذف الأجنبية.

أو نقول: قذفها بزنا لو أتت منه بولد لم يلحقه، فلم يكن له اللعان، كما لو قذفها ثم تزوجها، يبين صحة هذا: أن الزوج إنما خالف حكمه حكم الأجنبي في اللعان لحاجته إلى القذف، ولا حاجة به إلى هذا القذف، لأنه لا يلحقه في ذلك الزنا نسب، ولا كان هناك فراش فتلحقه المعرة بالزنا، فصار قذفه بمنزلة قذف الأجنبي (فليس له)[٣] تحقيقه باللعان.

[١٥٤١/٧] **مسألة:** إذا أبا[ن][٤] زوجته بطلاق أو غيره ثم قذفها بزنا أضافه

---

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٤؛ والمغني ١١/ ١٣٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧؛ والأم ٥/ ٣١٣.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٨٦.

(٣) في الأصل (فلم).

(٤) ساقط من المخطوط.

إلىٰ حالة الزوجية، فإن لم يكن هناك نسب لم يكن له أن يلاعن ويحد، وإن كان هناك نسب كان له نفيه باللعان [١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحد ولا لعان بينهما [٢].

لأنها حالة لو أتت فيها بولد لحقه، فجاز أن يكون له سبيل إلىٰ نفيه، أصله إذا قذفها في حال الزوجية، وإذا كانت معتدة من طلاق رجعي، ولا يلزم عليه الأمة إذا أتت بولد بعدما أقر بوطئها لمدة يمكن أن يكون الولد منه أنه يلحقه وليس له أن يلاعن، لأن حكم المعرة وجب أن يكون له سبيل إلىٰ نفيه، وها هنا له سبيل، وهو دعوىٰ الاستبراء بعد الوطء، فيتبقىٰ الولد أو يعرض علىٰ القافه فلا يلحقونه به علىٰ رواية الفضل بن زياد، ولا يلزم عليه إذا علم بولادته فسكت، لأن التعليل لجواز أن يكون له سبيل إلىٰ نفيه في الجملة، ولايلزم عليه إذا صدقته علىٰ الزنا، أو أقام البينة علىٰ زناها، لأن ذلك لا يمنع من اللعان لنفي النسب، لأن البينة لا توجب نفي النسب، وكذلك إقرارها بالزنا لا يوجب نفي النسب، ولا يلزم عليه إذا جن الزوج، لأن له نفيه بعد إفاقته.

[٨/ ١٥٤٢] **مسألة:** فإن قذفها وهي زوجته، ثم أبانها فله أن يلاعنها ليدرأ الحد علىٰ القذف الذي حصل / في حال الزوجية سواء كان هناك ولد أو لم يكن [٣]. [١٢٠]

---

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٥؛ والمغني ١١/ ١٣٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧؛ والأم ٥/ ٣٠٥.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢١٩؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٤١.

(٣)وبه قال مالك، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٥؛ والمغني ١١/ ١٣٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧، وروضة الطالبين ٦/ ٣١٠.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلاعن، ولا حد عليه[١].

لأن كل بينة كان له أن يقيمها على صدقه وإسقاط الحد عن نفسه مع بقاء النكاح، كان له ذلك مع وقوع البينونة [ ][٢] له إقامة البينة.

ولأن اللعان إنما خص به الأزواج لما اضطروا إليه من إظهار الفاحشة على زوجاتهم حين لم يمكنهم الصبر على الغيظ، وهذا المعنى كان موجوداً في حال وقت القذف فلا فرق بين أن يبقى بعد ذلك وبين أن يرتفع.

[**١٥٤٣/٩**] **مسألة**: إذا قذف زوجته ولاعنها، ثم قذفها أجنبي بالزنا الذي قذفها به الزوج لزمه الحد سواء كان لها ولد نفاه أو لم يكن[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن نفى ولدها لم يجب الحد على القاذف، وإن لم ينفي وجب عليه[٤].

لأنه قذف تعارض فيه لعانه ولعانها، فوجب أن لا يسقط احصانها، أصله: إذا لم يكن لها ولد.

ولأن الأصل ثبوت حصانتها، والزوج يجوز أن يكون كاذباً فيما قال، فلا يجوز أن تزول الحصانة بالشك.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢١٩؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٤١.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء طمس عليها بحبر أو غيره.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٥؛ وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ٢/ ٢٤٤؛ والأم ٥/ ٣١٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٩.

[١٠/١٥٤٤] **مسألة**: إذا نفى حمل امرأته فلا لعان بينهما ولا ينتفي عنه، فإن قذفها بصريح الزنا لاعن للقذف ولم ينف نسب الولد وسواء ولدته لستة أشهر أو لأقل منها [١].

خلافاً لمالك، والشافعي في [قولهما][٢]: يلاعن لنفي الحمل [٣].

لأن وجوب اللعان يتعلق بوجود الحمل، والحمل غير متيقن، لأنه يجوز أن يكون في جوفها ريح أو علة فيتوهم أنه حمل، وإذا كان كذلك لم يجز إيجاب اللعان لوجهين، أحدهما: أنه إيجاب بالشك. والثاني: أنه يصير القذف معلقا بشرط، وهو أن يقول: إن ولدت ولداً فهو من الزنا، وليس مني، أو أنت حامل من الزنا وليس مني. ونفي الولد لا يتعلق بشرط، ألا ترى أنه لو نفاه بعد الوضع وعلقه بشرط، مثل: أن يقول: إن دخلت هذه الدار فهذا الولد ليس مني. لم يكن هذا نفياً.

ولأن اللعان حكم ينفرد به الحمل، والأحكام التي يتفرد بها الحمل لا تقف على ولادته، كالميراث، والوصية، والبيع، ويفارق هذا الأحكام المتعلقة بالحمل نحو قوله: تعالى: ﴿ **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ [٤] وقوله تعالى:

---

(١) وبه قال أبو حنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٠١-١٠٠٢؛ والمغني ١١/ ١٦٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٥؛ وفتح القدير ٤/ ٢٩٣.

(٢) في المخطوط (قوله).

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٩٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ١١٧؛ والأم ٥/ ٣١٢؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤١٥.

(٤) الطلاق «٤».

﴿ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[١] وقول النبي ﷺ : «لا توطأ حامل حتى تضع»[٢].

والوصية بالحمل وللحمل جائزة[٣]، ولو اشترىٰ جارية فوجدها حاملاً ردها بالعيب، لأن هذه الأحكام لا تختص الحمل، وإنما تتعلق بحيوان موصوف بالحمل.

[١١/١٥٤٥] **مسألة:** إذا قال لزوجته: أصابك رجل في دبرك. لزمه الحد وله إسقاطه باللعان، وكذلك إذا قذف أجنبية[٤]. [٥]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا حد عليه[٦].

لأنه فرج يجب بالإيلاج / فيه الغسل، فإذا رماها بالفحش فيه لزمه الحد، [١٢١]

(١) الطلاق «٦».

(٢) رواه الإمام أحمد في مسند أبي سعيد الخدري (١١٥٩٦) المسند ٤/ ١٢٥؛ وأبو داود في النكاح: باب في وطء السبايا (٢١٥٧) ٢/ ٢٥٤؛ والترمذي في النكاح: باب ما جاء في الرجل يسبي الأمة ولها زوج هل يحل له أن يطأها؟ (١١٣٢)، والدارمي في الطلاق: باب في استبراء الأمة (٢٢٩٥) ٢/ ٢٢٤، والدارقطني في السير (٣٤) ٤/ ١٢، والبيهقي في العدد: باب استبراء من ملك الأمة. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤٩، والحاكم (٢٧٩٠/ ١١٩) المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢١٢. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ٢٠٠.

(٣) انظر: المغني ٨/ ٤٥٥.

(٤) قذف الأجنبية يوجب الحد فقط ويسقط بالبينة والإقرار. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٢٥٧.

(٥) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ٢/ ٣٦٧؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٧٢.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٩.

كالقبل.

ولأن الحد إنما ثبت على القاذف بإدخال المعرة على المقذوف، وما يلحق المرأة من (المعرة)[١] برميها بالإصابة في الدبر أكثر من المعرة التي تلحقها برميها بإصابتها في الفرج، فكان بإيجاب الحد أولى.

[١٥٤٦/١٢] **مسألة:** إذا قذف زوجته وأمها وجب عليه حد لكل (واحدة منهن)[٢]، ويملك إسقاط حد الأم بالبينة، وكذا البنت بالبينة واللعان[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجب عليه الحد للأم واللعان للبنت، فإن أحد للأم سقط حد البنت، وإن لاعن البنت لم يسقط حد الأم[٤].

لأنهما حقان وجبا بالقذف، فلم يسقط أحدهما باستيفاء الآخر، كما لو لاعن البنت فإنه لا يسقط حد الأم.

ولأنهما حقان مقصودان لأدميين، فلم يسقط أحدهما باستيفاء الآخر، كالديون، والقصاص.

[١٥٤٧/١٣] **مسألة:** يجب اللعان في النكاح الفاسد إذا كان هناك ولد[٥].

---

(١) في المخطوط (المعيرة).

(٢) في المخطوط (واحد منهما).

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: المغني ١١/ ١٨٢؛ والأم ٥/ ٣٠٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٩.

(٥) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٦؛ والمغني ١١/ ١٣٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٤٥٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣١١.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا لعان ويلزمه الحد فقط[١].

لأنها حالة يلحقه فيها الولد، فكان له سبيل إلىٰ نفيه، أصله: إذا قذفها في حال الزوجية، أو في طلاق رجعي، ولا يلزم عليه الأمة إذا أتت بولد بعد ما أقر بوطئها، لأن حكم العلة أن يكون له سبيل إلىٰ نفيه، وهناك له سبيل وهو أن يدعي الاستبراء، أو بعرضه علىٰ القافة علىٰ رواية الفضل[٢]، يبين صحة هذا: أن الفراش الثابت بالنكاح الصحيح أقوىٰ، لأنه ثبت بنفس العقد، وهذا لا يثبت إلا بالوطء، فلما ملك إسقاط الأقوىٰ باللعان فبأن يملك إسقاط الأضعف أولىٰ.

[١٥٤٨/١٤] **مسألة:** فرقة اللعان لا تقع إلا بلعان الزوجين وفرقة الحاكم[٣].

خلافاً لمالك، والثانية: تقع (بلعان)[٤] الزوجين فقط[٥].

وخلافاً للشافعي في قوله: تقع الفرقة بلعان الزوج[٦].

لأن سبب هذه الفرقة تفتقر إلىٰ حاكم وهو اللعان، فالفرقة المتعلقة لا تقع إلا

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٤١؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٥١٥.

(٢) هو الفضل بن زياد، من تلاميذ أحمد.

(٣) وبه قال أبوحنيفة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٤؛ وفتح القدير ٤/ ٢٨٧ـ٢٨٨.

(٤) في المخطوط (لعان).

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١١؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٩٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٧؛ وحاشية مقنع ابن قدامة ٣/ ٢٦١.

(٦) انظر: الأم ٥/ ٣٠٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٨٩.

بحكم الحاكم (كفرقة)[١] العنين.

ولأن اللعان يفتقر إلى لفظ الشهادة، فوجب أن لا يثبت له حكم حتى ينضم إليه حكم الحاكم، دليله: الشهادة على سائر الحقوق.

[١٥٤٩/١٥] **مسألة:** فرقة اللعان فسخ[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي طلاق[٣].

لأنها فرقة تحرم العقد تحريماً لا يرتفع بزوج وإصابة، فلم يكن طلاقاً، كالفرقة بالرضاع، والردة، وشراء الزوجة، ووطء أم الزوجة، ولايلزم عليه تحريم العقد بالطلاق الثلاث، لأنه يرتفع بزوج وإصابة.

ولأن الطلاق يقع بصريح أو كناية، وليس اللعان واحداً منهما.

[١٥٥٠/١٦] **مسألة:** تحريم اللعان يقع مؤبداً، فإذا أكذب نفسه لم تحل له الزوجية[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: إذا أكذب نفسه / أو جلد حلت له[٥]. [١٢٢]

لأنه تحريم لا يرتفع بغير جلد وتكذيب نفسه، فلم يرتفع بجلد وتكذيب،

---

(١) في المخطوط (لفرقة).

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٧؛ والمغني ١١/ ١٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١١؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٨٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٤؛ وفتح القدير ٤/ ٢٨٧.

(٤) هذا ظاهر المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٧؛ والمغني ١١/ ١٤٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١١؛ والأم ٥/ ٣٠٩.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٤؛ وفتح القدير ٤/ ٢٨٨؛ والمغني ١١/ ١٤٩.

كتحريم الرضاع.

ولأنها محرمة عليه بفرقة اللعان، فلا يجوز له أن يتزوجها، أصله: قبل إكذابه نفسه.

[١٥٥١/١٧] **مسألة:** إذا قذف زوجته برجل بعينه، فقال: زنا بك فلان. وجب عليه حد واحد لهما ويسقط بلعانهما سواء ذكر المقذوف في لعانه أو أغفل ذكره [١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يلاعن الزوجة، ويحد للأجنبي إن طلب الحد ولا يسقط عنه بلعانهما [٢].

لأن اللعان بينة توجب صدقه في أحد طرفي الزنا، أو سقط حق المقذوف في أحد طرفي الزنا، فوجب أن يسقط في الطرف الأخر، كالشهادة، ولايلزم عليه إقرارها بالزنا، لأن ذلك لا يسمى بينة.

ولأن به حاجة إلى قذفه بها، فصار كقذف إمرأته، والذي يدل على أن به حاجة إلى ذلك: أنه يدخل عليه الشين والمعرة، فكما عره وأفسد فراشه [٣].

ولأنه قد يكون المقذوف معروفاً به مشهوراً بالزنا، فإذا ذكره استدل بذلك على صدقه في القذف.

---

(١) وهو أحد القولين للشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٨؛ والمغني ١١/ ١٨١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣١٨.

(٢) انظر: المبسوط ٧/ ٤٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٦-٣٦٧.

(٣) هكذا المخطوط ويظهر لي أن فيه سقطاً في الكلام.

ولأنه (يستدلُّ)[١] بشبه الولد إن ولدت على صدقه كما قال النبي ﷺ: «إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو للذي رميت به»[٢].

[١٥٥٢/١٨] **مسألة:** إذا رمى زوجته بأن فلاناً وطئها مكرهة كان له اللعان في نفي الولد[٣].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه، والثانية: لا يلاعن حتى يقذف الزوجة ويلزمه الولد[٤].

لأنه رماها بوطء لو كان منه ولد لحقه، فكان له تحقيقه باللعان، كما لو رماهما معاً.

ولأنه لا يخلو إما أن يسكت عن القذف، أو يقذف الزوجة، أو يلاعن، ولا يجوز أن يسكت، لأنه يلحقه نسب ليس منه، ولا يجوز أن يقذف الزوجة، لأنه يقذف غير زانية، فلم يبق إلا أن يلاعن.

[١٥٥٣/١٩] **مسألة:** إذا مات الولد فنفاه الأب، أو نفاه ثم مات لاعن بعد موته لنفيه[٥].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) رواه البخاري في الطلاق: باب التلاعن في المسجد (٥٣٠٩) ٣/ ٤١٤؛ ومسلم في اللعان (١٤٩٦) (١١) ٢/ ١١٣٤.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٨؛ والمغني ١١/ ١٦٠؛ وحاشية مقنع ابن قدامة ٣/ ٢٥٨؛ والمدونة ٤/ ٣٨٨.

(٤) وبه قال بعض الحنفية. انظر: الأم ٥/ ٣١٣؛ والمغني ١١/ ١٦٠؛ والفتاوى الهندية ١/ ٥١٨.

(٥) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٦٠؛ والمدونة ٢/ ٣٤٠؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤٢٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ينتفي نسبه باللعان[١].

لأن كل ولد يصح نفيه في حياته وجب أن يصح نفيه بعد موته، أصله: إذا مات الولد وخلف ولداً، وهو أن يغيب الزوج فتأتى امرأته بولد ويكبر ويتزوج ويحصل له ولد ويموت، ثم يقدم الزوج فيجحده وينفيه، فإنه يصح نفيه، كذلك إذا لم يكن له ولد.

ولأنه إنما كان له نفيه باللعان في حال الحياة لحاجته إلى ذلك، وهذا موجود بعد موته (ينسب)[٢] إليه ويعرف به، فيقال: هذا قبر ابن فلان. كما يقال في حياته: هذا ابن فلان. وسقط (عنه قيمة)[٣] الكفن، والنفقة كما كان ذلك في حال حياته.

[١٥٥٤/٢٠] **مسألة:** (إذا ولدت امرأته)[٤] ولدين توأمين، فنفاهما، فمات أحدهما، فإنه يلاعن، وينفي نسب الحي والميت[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يستقر النسب بموت أحدهما، وليس له نفيه باللعان /[٦] وهذه مبنية على ما تقدم، وأن الميت ينتفي نسبه باللعان، لأنه حمل[١٢٣

(١)انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٧.

(٢) في المخطوط (لاينسب) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٣)كلمتان لم تتضحا في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٤)كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٥)وبه قال مالك، والشافعية. انظر: المغني ١١/ ١٥٦؛ والمدونة ٢/ ٣٤٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٣٣.

(٦)انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٧.

واحد، فإذا جاز نفي بعضه جاز نفي جميعه، وعندهم[١] أن الميت لا ينتفي نسبه وهما حمل واحدة، معرة نفي بعضه تتغلب في جميعه.

[**١٥٥٥/٢١**] **مسألة:** إذا نفى نسب الولد باللعان، فمات الولد، ثم اعترف به صح اعترافه به[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][٣]: إن لم يكن للولد ولد لم يقبل اعترافه به، وإن كان له ولد ذكر فترك ولداً صح اعترافه، وإن كان بنتاً(فتركت)[٤] ولداً لم يقبل اعترافه[٥].

لأنه نسب أقر به بعد نفيه، فصار كما لو ترك ولداً، وكل من صح (اعترافه بعد)[٦] نفيه إذا ترك ولداً صح وإن لم يترك كما لو كان حياً.

[**١٥٥٦/٢٢**] **مسألة:** إذا ولدت امرأته ولداً فأقر به ثم نفاه، وقال: هو من الزنا. ثبت نسبه منه ويحد[٧].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يثبت نسب الولد منه ويلاعن إذا نفاه بعد إقراره

---

(١) أي الحنفية.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٩؛ والمغني ١١/ ١٥٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٣٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) في المخطوط (فترك).

(٥) انظر: المبسوط ٧/ ٤٢، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ١٢٩.

(٦) في المخطوط (اعتراف نفيه).

(٧) وبه قال المالكية، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٦٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٢؛ والأم ٥/ ٣١١.

به[١].

لأنه قد كذب نفسه في هذا القذف بيقين، لأنه قال: هذا ابني. ثم قال: هذا الولد من زنا. فالأول تكذيب لهذا، فهو بمنزلة أن يقول: زنيتِ، ثم يقول: ما زنيتِ. فيجب أن يقام عليه الحد.

[١٥٥٧/٢٣] **مسألة:** إذا ولدت امرأته ولدين، فأقر بالأول ونفى الثاني، لم يلاعن، وعليه الحد[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلاعنها ويلزمه الولدان[٣].

لما تقدم، وهو أن إقراره بالولد الأول تكذيب لقذفه لها في الولد الثاني، وإذا وجد منه القذف والتكذيب لم يلاعن ووجب الحد عليه، كما إذا سبق القذف وتأخر التكذيب في ولد واحد.

[١٥٥٨/٢٤] **مسألة:** إذا أقر بالحمل لم يثبت نسبه وكان له نفيه بعد الوضع[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي[٥].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٥؛ وفتح القدير ٤/ ٢٩٥.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: المغني ١١/ ٥٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٥٩؛ والمدونة ٢/ ٣٣٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٣٢.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٦؛ وفتح القدير ٤/ ٢٩٦.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٩؛ والمغني ١١/ ١٦٢.

(٥) وبه قال مالك. انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٧؛ والأم ٥/ ٣١١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧.

لأنه تعليق للإقرار بالشرط لا يصح، كما لو قال: إذا دخلت الدار فهو ولدي. وذلك أن الحمل غير متحقق فيكون تقدير الإقرار: إن كان حملك هذا صحيحاً فهو مني.

[**١٥٥٩/٢٥**] **مسألة:** إذا قال (للرجل)[١]: يا زانية. فهو قاذف[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يكون قاذفا[٣].

(لأنه)[٤] قذف في أحد الجنسين، وهو جنس النساء، فكان قذفاً في الجنس الآخر، وهو جنس الرجال، أصله قوله: أنت زان. يبين صحة هذا: أنَّ له وجهاً صحيحاً وهو أن يكون خطاب النفس وهي مؤنثة، كما قرأ علي بن أبي طالب﴿ **بَلَىٰ قَدْ جَاءَتْكَ آيَاتِي فَكَذَّبْتَ بِهَا وَاسْتَكْبَرْتَ وَكُنتَ مِنَ الْكَافِرِينَ** ﴾[٥] فجعل الخطاب للنفس، لأنه تقدم ذكرها بقوله تعالىٰ: ﴿ **أَن تَقُولَ نَفْسٌ يَا حَسْرَتَىٰ** ﴾[٦].

ولأن «الهاء» قد جاءت في دور المذكر فقالوا: داهية، ورواية، وعلامة، وقد

---

(١) في المخطوط (الرجل) والصحيح ما أثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٠.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٠٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٠؛ والأم ٩/ ٣١٣.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٤؛ وفتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ٣/ ٤٧٦.

(٤) في المخطوط (أنه).

(٥) الزمر «٥٩».

(٦) الزمر «٥٦».

تحذف في المؤنث نحو قوله تعالىٰ: ﴿السَّمَاءُ مُنفَطِرٌ﴾[(١)] وقال الأعشىٰ[(٢)]:

فلا مُزنَةٌ وَدَقَتْ وَدْقَها ولا أرضَ أبقلَ أثبقالُه[(٣)]

ولأن الحد إنما يجب على القاذف بإضافة الزنا إلى المقذوف وإدخال المعرة عليه، وهو موجود في قوله: يا زانية.

[١٥٦٠/٢٦] **مسألة:** إذا قال: زنأت[(٤)] في الجبل. فهو قذف. ذكره أبوبكر ولم يفرق[(٥)]. [(٦)]

خلافاً للشافعي في قوله: / لا يكون قذفاً، وهو كناية في حق العربي [١٢٤] وغيره[(٧)].

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان ممن يعرف العربية لم يكن قاذفاً، وإن لم يكن ممن يعرف فهو قاذف. وهو اختيار شيخنا أبي عبدالله[(٨)]. [(٩)]

---

(١) المزمل «١٨».

(٢) الأعشىٰ هو: ميمون بن قيس بن جندل الوائلي المتوفىٰ سنة سبع من الهجرة كافراً. انظر: الأعلام للزركلي ٧/ ٣٤١.

(٣) لم أعثر عليه في ديوان الأعشىٰ. هو لعامر بن جوين الطائي كما في اللسان (ودق، بقل).

(٤) أي صعدت الجبل. انظر: مختار الصحاح مادة «زنأ».

(٥) أي لم يفرق بين أن يكون المتكلم بذلك من أهل العربية أو غيرها. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٠.

(٦) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٠١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٠.

(٧) انظر: الأم ٥/ ٣١٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٣.

(٨) هو أبوعبدالله الحسن بن حامد الحنبلي.

(٩) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٠١.

لأن العامة لا تفرق في العادة بين قوله: زنأت، وزنيت. ويعقل من هذا ما يعقل من هذا، فصار كلمة قائمة فيما بينهم اصطلحوا عليها معلق الجد، مثل: أن يقذفه بالفارسية، ومثل أن يقول: زنأت. ولم يقل في الجبل.

[١٥٦١/٢٧] **مسألة:** إذا قال لزوجته: يا زانية. فقالت: أنت زان. يلاعن الزوج لإسقاط حد القذف(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن طلب الزوج الحد حدت وسقط اللعان، وإن طلبت اللعان لاعن القاضي بينهما ولم يسقط الحد، وإن طلبا معاً بدأ القاضي بالحد وأسقطه باللعان(٢).

فالدلالة على أن اللعان لا يسقط عن الزوج بحدها: أنهما قذفان فوجب أن لا يسقط موجب أحدهما بموجب الآخر، أصله قذف الزوج لا يسقط موجبه وهو اللعان بموجب قذفها وهو الحد، كذلك موجب قذفها وهو الحد يجب أن لا يسقط موجب قذف الزوج وهو اللعان.

[١٥٦٢/٢٨] **مسألة:** إذا قذف الجماعة بكلمة واحدة أقيم عليه حد واحد، وإن فرقهم بكلمات أقيم عليه لكل واحد حد(٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحد حداً واحداً سواء قذفهم بكلمة واحدة أو

(١) وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٠٣؛ والأم ٥/ ٣١٣.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٣.

(٣) وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٠٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٦.

بكلمات[١] .

وخلافاً للشافعي في الجديد: يحد لكل واحد حداً سواء كان القذف بكلمة أو بكلمات[٢].

فالدلالة على أنه إذا قذفهم بكلمة واحدة حد واحد: أنه قذف بكلمة، فجاز أن يجب فيه حد واحد، دليله: إذا قذف زوجته برجل بعينه، فقال: زنى بك فلان. فإنه يجب حد واحد رواية واحدة، وقول واحد للشافعي، كذلك إذا قذف أجنبيتين، ولا يلزم عليه إذا قذف زوجته وأجنبية، فقال: زنيتما. أنه يجب لهما حدان، لأن التعليل لجواز أن يجب بالقذف بكلمة واحدة حد واحد.

ولا معنى لقولهم: إن هناك قذفاً بزنا واحد، وليس كذلك قذف الجماعة، لأنه وإن كان قذفا بزنا واحد فهو في حكم الزنا، يبين صحة هذا: أنه قد يجب على أحدهما دون الأخر، وهو إذا مكنت العاقلة من نفسها مجنوناً وجب عليها الحد دونه عندنا، (وعند)[٣] الشافعي[٤]، ولو كان في حكم الفعل الواحد لسقط عنها الحد، لأن الشبهة (قد حصلت)[٥] في بعضه، وكذلك المسلم إذا زنى بحربية

---

(١) انظر: فتاوى قاضيختان بهامش الفتاوى الهندية ٣/ ٤٧٩.

(٢) هذا هو الصحيح عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٢٠.

(٣) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٤) انظر: الإقناع ٤/ ٢٥٥، وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٦.

(٥) كلمتان لم تتضحا في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

وجب عليه الحد دونها[١].

/ فالدلالة على أنه إذا قذف بكلمات لم تتداخل: أن حد القذف عقوبة تجب [١٢٥] لقول المنكر والزور، فجاز أن لا تتداخل عند الاجتماع، دليله: كفارة الظهار إذا ظاهر من جماعة من نسائه بكلمات، فإنها لا تتداخل.

[١٥٦٣/٢٩] **مسألة**: إذا قذف محصناً في الظاهر، فلزمه الحد، ثم سقطت حصانة المقذوف (بثبوت)[٢] زنا، أو أقر بالزنا لم يسقط الحد عن القاذف[٣].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يسقط[٤].

لأن زوال الحصانة في الثاني لا يسقط حد القذف السابق، دليله: لو قذف مسلماً. فقبل استيفاء الحد ارتد المقذوف، أو جن المقذوف، فإن الحد لا يسقط عن القاذف، كذلك ها هنا.

ولا معنى لقولهم: إن ردته لا تدرج في إسلامه السابق، لأنه لو كان كافراً لم يكتم دينه، وكذلك جنونه، والزنا يقدح في الإحصان، لأنه يجوز أن تكون هذه الصفة حين القذف وكتمه، لأن العادة أن الإنسان [ ][٥] في نفسه، لأن الأديان قد تكتم، ومنه الزنديق يبطن خلاف ما يظهر، وعلى أنه كان يجب إذا عرف

---

(١) انظر: الإقناع ٤/ ٢٥٥.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء طمس فيه ولعلها ما أثبت.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٧٠.

(٤) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٦، وروضة الطالبين ٦/ ٢٩٩.

(٥) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

الحاكم عفة المقذوف في الباطن بالبحث عنها، ثم زنىٰ أن لا يسقط الحد عن القاذف، لأنا قد علمنا عفته في الباطن بالبحث.

ولأن الاعتبار في الحدود بحال الوجوب دونما يطرأ من الإيجاب والإسقاط، بدليل: أن العبد إذا زنىٰ وجب حد العبيد، فلو أعتق قبل اقامة الحد عليه حد حد العبيد (اعتباراً)[1] بحال الوجوب[2]، وكذلك إذا زنىٰ وهو بكر وجب عليه حد الأبكار، فلو لم يقم الحد عليه حتىٰ صار ثيباً حد حد الأبكار اعتباراً بحال الوجوب، وكذلك لو سرق نصاباً فلم يقطع حتىٰ نقصت قيمته عن النصاب قطع اعتباراً بحال الوجوب، وكذلك لو خرب الحرز بعد الإخراج منه لم يؤثر في إسقاط القطع اعتباراً بحال الوجوب، وحين الوجوب كان محصناً عفيفاً في الظاهر، فلم يسقط الحد.

ولا معنىٰ لقولهم: إنا اعتبرنا في تلك المواضع حال من يلزمه الحد، ولا نعتبر حال من وجب له الحد، لأنه إنما لم نعتبر هناك حال من وجب له الحد، لأن من وجب له تلك الحدود هو الله سبحانه والأحوال لا تتغير عليه، فهذا يجب لآدمي، والحال تتغير عليه، فلا يجعل الطارئُ بمنزلة المقارن، ألا ترىٰ أن الإسلام والحرية المقارن للقتل يمنع من القصاص للكافر والعبد، والإسلام الطارئُ والحرية بعد القتل قبل القصاص لا يمنع القصاص.

[١٥٦٤/٣٠] **مسألة:** إذا قذف زوجته بالزنا في طهر أقر أنه جامعها فيه كان له

(١) في المخطوط (اعتبار).

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٣٣٤.

أن يلاعن لإسقاط الحد ونفي النسب (١).

خلافاً لمالك في قوله: يلاعن لإسقاط الحد دون نفي النسب (٢).

لأنه لو رماها / بزنا لو أتت منه بولد لحقه، فكان له تحقيقه باللعان، دليله: لو لم يكن أصابها في الطهر. [١٢٦]

[١٥٦٥/٣١] **مسألة:** يجب الحد بالتعريض بالقذف نحو قوله في حال الغضب جواباً لمن سابه: يا حلال بن الحلال، خلقت من نطفة حلال، ما أنت بزان، ولا أمك بزانية، ولا يعرفك الناس بالزنا. ومثل قوله لزوجته: فَضَحتني وغطيت رأسي، وصارت لي قرون، وتعلقين عليّ الأولاد من غيري، وقد نكست برأسي. ونحو ذلك، فإنه يكون قذفاً يوجب الحد في حق الأجانب، واللعان في حق الزوجة (٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب به الحد وإن فسره ونواه (٤).

وخلافاً للشافعي، والثانية: ليس بصريح ولا يجب به الحد إلا أن ينويه ويفسره بالقذف (٥).

---

(١) وبه قال الشيرازي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤١؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤١١.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٠٧.

(٣) وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٠٦-٢٠٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٥.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦٥؛ وفتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ٣/ ٤٧٦.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٨٧-٢٨٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٢.

لأن حد القذف إنما وجب للمعرة التي يدخلها على المقذوف (وهذا)[١] المعنى موجود في التعريض، فوجب أن يجب الحد، يدل عليه شيئان، أحدهما: ايجابهم التعزير عليه لأجل هذا القول.

الثاني: عرف الاستعمال.

قال (ابن قتيبة)[٢] في كتاب المشكل: التعريض تستعلمه العرب في كلامها كثيراً، فتبلغ إرادتها بوجه لطيف، وكذلك يقول مثلهم: إياك أعني واسمعي يا جارة[٣]. ولهذا قيل: «إن في المعاريض عن الكذب لمندوحة»[٤].

ولأن دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام والأفعال، بدلالة أن اللفظة الواحدة تحمل على المدح تارة وعلى الذم أخرى لما يقارنها من دلالة الحال، ألا ترى أنك تقول للمستحق للمدح: يا فاضل فتمدحه بذلك، وإن كانت الحال للذم قلت له: يا فاضل، وأنت تريد وضعه بذلك، والصيغة واحدة، وكذلك قولك: يا فقيه. فتمدحه تارة بذلك، وتذمه أخرى، والصيغة واحدة، وقد استعملت في الشيء ونقيضه لدلالة الحال، وكذلك في الأفعال، ألا ترى أن من قصد رجلاً بسيف والحال تدل على اللعب والمزح لم يجب قتله، وإن دلت الحال على القتل جاز

(١) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تأكله ولعلها ما أثبت.

(٢) في المخطوط (البتي) والصحيح ما أثبت حيث لا يوجد للبتي مؤلفا في المشكل، وقد وجدت ما نقله المؤلف هنا في كتاب مشكل القرآن لابن قتيبة ص ٢٦٣.

(٣) انظر: كتاب الأمثال ص ٦٥.

(٤) القائل هو النبي صلى الله عليه وسلم. رواه البيهقي في الشهادات. باب المعاريض فيها مندوحة عن الكذب. السنن الكبرى ١٠/ ١٩٩.

قتله، فإذا أثر في دلالة الحال في الأفعال أثرت في الأقوال.

[**١٥٦٦/٣٢**] **مسألة:** إذا شهد الزوج مع ثلاثة، لم تقبل شهادته، ويلاعن ويحد الثلاثة[١].

[خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليها الحد][٢].[٣]

لأنه شهد عليها بالخيانة فيما هي مؤتمنة [فيه][٤] في حقه، فوجب أن لا يقبل، أصله: إذا شهد على المودع بالخيانة في الوديعة، أو شهد على شريكه، أو مضاربه، أو وكيله، أو أجيره (فشهادته)[٥] مردودة، كذلك ها هنا.

ولأن الزوج خصم في هذا الزنا / ، فلم تقبل شهادته، كالولي إذا ادعى قتلا، [١٢٧] ثم شهد به.

والذي يدل على أنه خصم: أنه يلاعن في تحقيق ذلك الزنا إذا رماها به، واللعان يمين، ولا يحلف الإنسان إلا فيما هو خصم فيه.

ولأنه قد صار عدواً لها بعد الشهادة، لأنه يقول: أدخلت عليّ المعرة وأوصلت لي نسباً فاسداً، فلحقته التهمة فيها، فلم تقبل شهادته.

[**١٥٦٧/٣٣**] **مسألة:** إذا نقص أحد الزوجين من ألفاظ اللعان شيئاً، وحكم

---

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٥؛ والمدونة ٥/ ٣٤٣؛ والأم ٥/ ٣١٥.

(٢) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٠؛ والفتاوى الهندية ١/ ٥٢١.

(٤) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٢.

(٥) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله، ولعلها ما أثبتُ.

الحاكم بالفرقة بينهما لم يصح حكمه، ولم تقع الفرقة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا أتىٰ بأكثر ألفاظ اللعان، وحكم الحاكم بذلك كان مخطئاً في حكمه إلا أنه ينفذ[٢].

لأنه حكم ببعض ألفاظ اللعان، فوجب أن لا ينفذ حكمه، أصله: إذا حكم بالأقل. أو نقول: حكم مخالف للإجماع، فوجب أن يكون الحكم باطلاً، كما لو حكم بالأقل.

ولأن اللعان إنما يكون يميناً علىٰ ما يقوله، وشهادة علىٰ ما يقولون، فإذا كان العدد معتبراً فيه ونقص منه لم يتعلق به الحكم، ألا ترىٰ أن سائر الشهادات إذا نقص من أعدادها لم يتعلق به حكم، وهكذا العدد لما كان معتبراً في إيمان القسامة، فإذا نقص من عددها لم يتعلق به حكم، كذلك اللعان وجب إذا نقص من عدده أن لا يتعلق به حكم.

[١٥٦٨/٣٤] **مسألة:** إذا قذف امرأته، فصدقته لم يلاعن سواء كان هناك ولد أو لم يكن[٣].

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][٤]: إن كان هناك ولد لاعن لنفيه، وإن

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٢؛ والمغني ١١/ ١٧٩؛ والمدونة ١/ ٥٠٩؛ والأم ٥/ ٣٠٧.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٢٣؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٤٥.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٦٠؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٤١.

(٤) ساقط من المخطوط.

لم يكن هناك ولد لم يلاعنا إلا أن ترجع عن إقرارها[١].

لأن من أصلنا أن نفي النسب لا يحصل إلا بلعان الزوجين وفرقة الحاكم ولم يوجد ذلك ها هنا.

ولأن اللعان لا يخلو: إما أن يكون يميناً، أو شهادة، وأيها كان لا يثبت مع الإقرار.

[١٥٦٩/٣٥] **مسألة:** إذا ماتت قبل إكمال اللعان سقط اللعان [٢].

خلافاً للشافعي في قوله: إن كان القذف بولد لاعن الزوج على نفيه[٣].

لما تقدم من أنه لا يحصل نفي النسب إلا بالتعانهما وفرقة الحاكم ولم يوجد ذلك إذا ماتت (فلم)[٤] ينتف النسب، يبين صحة هذا أنهما متكاذبان، لأن الزوج يقذفها لينفي الفراش والنسب وهي تكذبه في ذلك، فهما كالمختلفين في المبيع أحدهما يكذب الآخر فلا يتم الفسخ (بموت)[٥] أحدهما.

ولأن اللعان لم يكتمل بينهما، فلم ينتف النسب، دليله: إذا لم يكمل الزوج.

ولا معنى لقولهم: إنه هناك لم تثبت حجته، وها هنا قد ثبتت حجته، لأن البايع إذا حلف ثبتت حجته ولا ينفسخ البيع، وإذا أقام البينة على الزنا ثبتت

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٢؛ والأم ٥/ ٣٠٥؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤٢٦.

(٢) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٣؛ والمغني ١١/ ١٣٩؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٤٨٧.

(٣) وبه قال مالك. انظر: الأم ٥/ ٣١١؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤٥٤، التفريع ٢/ ١٠٠.

(٤) في المخطوط (لم) ويظهر لي صحة ما أثبت.

(٥) كلمة لم تتضح في الأصل من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

حجته (وانتفى)[١]/ النسب. [١٢٨]

[١٥٧٠/٣٦] **مسألة:** إذ بدأ الحاكم بلعان المرأة لم يعتد به ويلزمها أن تعيد اللعان[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعتد به ولا تعيد[٣].

لأنا ندل على أن لعانها يترتب على لعانه بقوله تعالى: ﴿**وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ**﴾ إلى قوله: ﴿**وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ**﴾[٤] فبدأ سبحانه بشهادته ثم بشهادتها، وترتيب لعانها على لعانه، وإذا ثبت بهذا ترتيبه لم يخل: إما أن يكون اللعان يميناً، أو شهادة، فأيهما كان لم يعتد به إذا أتى به قبل وقته، كالبينة.

ولأنها لو امتنعت في هذه الحال من اللعان لم يلزمها عقوبة، فلم يصح لعانها، دليله: قبل القذف وعكسه بعد لعان الزوج يلزمها عقوبة وهي الحبس، وعكسه لعان الزوج لا يلزمه عقوبة، وهي الحد.

[١٥٧١/٣٧] **مسألة:** إذا ولد للرجل ولد فله نفيه على الفور[٥].

---

(١) كلمة لم تتضح في الأصل من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٣؛ والمغني ١١/ ١٧٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٠؛ والأم ٥/ ٣٠٧.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٢٢-٢٢٣؛ وبدائع الصنائع ٣/ ٢٣٧.

(٤) النور (٦-٨).

(٥) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٣؛ والمغني ١١/ ١٦٢؛ والمدونة ٢/ ٣٣٧؛ والأم ٥/ ٣١١-٣١٢.

خلافاً لأبي حنيفة[في قوله][١]: له نفيه ما لم يعترف به، أو يفعل ما يدل على الاعتراف، أو تمضي المدة التي تقبل في مثلها التهنئة، ومتاع آلة الولادة[٢].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: له نفيه إلى ثلاثة أيام[٣].

لأنه سكت عن نفي نسب متحقق، مع القدرة على نفيه في مجلسه، فوجب أن لا يكون له نفيه، أصله: ما بعد الثلاث، فإذا فعل ما يدل على الاعتراف، أو مضت مدة تقبل في مثلها التهنئة.

وقولنا: «متحقق» احتراز من نفي الحمل، فإنه إذا ترك نفيه حتى وضعت كان له نفيه، لأنه غير متحقق.

[١٥٧٢/٣٨] **مسألة:** حد القذف حق لآدمي يصح أن يبرأ منه ويعفو[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو حق لله تعالى لا يصح الإبراء منه غير أنه لا يستوفيه الإمام إلا بعد المطالبة[٥].

لأنه حق لا يستوفيه الإمام إلا بعد المطالبة به، فوجب أن يكون حقاً لآدمي، كالقصاص، والأموال، ولا يلزم عليه حد الزنا، وشرب الخمر، لأنه يستوفيه من غير مطالبة، ولا يلزم عليه القطع في السرقة، لأنه يستوفيه من غير مطالبة بالقطع،

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٥؛ وفتح القدير ٤/ ٢٩٤-٢٩٥.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٣٣.

(٤) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٤؛ وكتاب التمام ٢/ ١٨١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٠١.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٠؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٣٦.

وإنما المطالبة هناك بالعوض، (ورد)[١] السرقة، ألا ترىٰ أنه إذا طولب بها استوفىٰ الإمام القطع وإن لم يوجد من المسروق منه مطالبة بها.

ولأن حقوق الله تعالىٰ لا تسمع الدعوىٰ بها، ولا يستحلف عليها، ولا يقضي بعلمه فيها، فلما ثبت أن حد القذف تسمع الدعوىٰ فيه ويستحلف عليه، ويقضي بعلمه عندهم، دل علىٰ أنه من حقوق الآدميين.

[**١٥٧٣/٣٩**] **مسألة**: إذا مات المقذوف سقط الحد عن القاذف إذا لم يكن الميت طالب به، فإن كان قد طالب لم يسقط[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يورث طالب به أو لم يطالب[٣].

وخلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: / يورث طالب الميت أو لم يطالب[٤]. [١٢٩]

فالدلالة علىٰ أنه إذا لم يطالب لا يورث: أنه نوع حق ليس بمال ولا يؤول إلىٰ مال، ولا يجب به استيفاء مال، أشبه خيار القبول، وخيار الإقالة والأجل، ولا يلزم عليه القصاص، لأنه يؤول إلىٰ مال، وهو أن يصالح ولي المقتول علىٰ الدية، ولا يلزم عليه الكفالة، لأنه قد يجب به استيفاء مال، ألا ترىٰ أنه لو قال: إن لم (يوافيك)[٥] به في وقت كذا فعليّ المال الذي لك عليه، فلم يوافه به في ذلك الوقت لزمه المال، ولهذا إذا مات المكفول له قام وارثه مقامه في مطالبة الكفيل،

(١) في المخطوط (ويد) ولعل ما أثبته هو الصحيح.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٤؛ وكتاب التمام ٢/ ١٨٢.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠١؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٤٥-١٤٦.

(٤) انظر: المدونة ٤/ ٣٨٩؛ والأم ٥/ ٣٣؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤٥٧.

(٥) في المخطوط (اوافيك) ولعله خطأ من الناسخ.

وكـذلـك الرهن، ولا يلزم عليـه إذا طـالـب، لأن التـعـليل للنـوع، ولا يلزم عليـه الأحوال[١]، وأجود من هذا أنه حق ليس فيه معنىٰ الملك، والوثيقة، فلا ينتقل إلىٰ الوارث، كـالرجـوع في الهـبة، ولا يلزم عليـه إذا طالب الميت، لأنه يسـتـوي فيه الأصل والفـرع، وذلك أن الأب إذا طالب بالهـبة ومـات انتـقل إلىٰ الوارث، ولا يلزم عليه الأجل، لأن فيه معنىٰ المال، لأن الثمن يختلف بطوله وقصره.

والدلالة علىٰ أنه إذا طالب يورث: أنه قـد وجـدت المعـرة (بـسبب)[٢] القـذف ممن يملك المطالبة، أشبه لو كان حياً، ولأنه لو طالب بالهبة ومات انتقل إلىٰ وارثه، كـذلك ها هـنا، وكـذلك إذا وجـد منه قـبـول السـهم من الـغنيـمـة ومـات انـتقل إلىٰ وارثه.

[١٥٧٤/٤٠] **مسألة:**[*] إذا سب النبي ﷺ قتل ولم تقبل توبته مـسلماً كـان أو كافرا، ويجعله ناقضاً للعهد[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: إن كـان مسلماً يستتاب، فإن تاب وإلا قتل، كالمرتد، وإن كـان ذمياً فقال أبوحنيـفة: لايكون ناقضاً للعـهد ولا يقتل. واختلف أصحاب الشافعي في نقض العهد[٤].

---

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(*) هذه المسألة مكانها كتاب حد الردة.

(٣) وهو المذهب عند الحنابلة انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٧٥، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦٢؛ ومقصد التنبيه في شرح خطبة التنبيه ص ١٣٨.

فالدلالة على أنه لا تقبل توبته إذا كان مسلماً ويقتل: ما روى علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «من سب نبياً قتل»[1] ولم يشترط فيه التوبة.

ولأن سب النبي ﷺ يتعلق به حقان: حق لله، وحق للآدمي، أما حق الله فظاهر، لأن القدح في نبوته قدح في توحيده، ولهذا جعلت الشهادة بالنبي ﷺ شرطاً في صحة الإيمان، كالشهادة بالله.

وأما حق الآدمي فهو النبي ﷺ ولا إشكال أنه أدخل المعرة عليه بذلك، والعقوبة إذا تعلق بها حق لله وحق لآدمي لم تسقط بالتوبة، دليله: الحد في المحاربة، وقد ثبت أنه لو قتل في المحاربة ثم [تاب][2] لم يسقط حق الآدمي من القصاص وسقط حق الله من انحتام القتل والصلب، كذلك ها هنا.

والدلالة على أن الذمي يكون ناقضاً للعهد ويقتل: ما روي عن ابن عباس أن أعمى كان على عهد رسول الله ﷺ كانت له أم ولد، وكان له منها (ولدان)[3]، وكانت تكثر الوقيعة على رسول الله ﷺ، وتشتمه، فيزجرها فلا تنزجر، فقتلها

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الصغير (٦٥١) من طريق عبيدالله بن محمد العمري، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثنا موسى بن جعفر بن محمد، عن أبيه جعفر، عن جده علي بن الحسين، عن الحسين بن علي، عن علي رضي الله عنه مرفوعا. المعجم الصغير ص ٢٤٩؛ وقد أورد هذا الحديث الهيثمي في مجمع الزوائد٦/ ٢٦٠ وقال: رواه الطبراني في «الصغير» و «الأوسط» عن شيخه عبيدالله بن محمد العمري رماه النسائي بالكذب. وقال الألباني: إن هذا الحديث موضوع. انظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة ١/ ٢٤٤.

(٢) في المخطوط (مات) والصحيح ما أثبت.

(٣) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله، ولعلها ما أثبت ولم أجدها نصاً عند من خرج الحديث.

(فجاء)[١] / [١٣٠] إلى النبي ﷺ فقال: يارسول الله كانت لي أم ولد، وكانت لي لطيفة رفيقة، وكان لي منها ابنان مثل اللؤلؤ، ولكنها كانت تكثر الوقيعة فيك وتشتمك، فأنهاها فلا تنتهي، وأزجرها فلا تنزجر، فلما كانت البارحة ذكرتك فوقعت فيك، فقمت إلى المعول[٢] فوضعته في بطنها واتكأت عليه حتى قتلتها. فقال رسول الله ﷺ: «ألا اشهدوا أن دمها هدر»[٣]. وهذا نص في إباحة دمها، ونقض ذمتها.

ولأن الذمة معنى يحقن الدم، فانتقضت بشتم النبي ﷺ، كالإيمان.

[**١٥٧٥/٤١**] **مسألة:** إذا قال لها: زنأت في كفرك. وثبت (أنها كانت)[٤] كافرة فلا حد عليه[٥].

خلافاً لمالك، والثانية: عليه الحد[٦].

---

(١) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله، ولعلها ما أثبت ولم أجدها نصاً عند من خرج الحديث.

(٢) المِعْوَلُ: حديدة ينقر بها الجبال. انظر: القاموس المحيط، مادة «عال»، وقال صاحب مختار الصحاح في مادة «عول» المعول هو الفأس العظيمة التي ينقر بها الصخر.

(٣) رواه أبوداود في الحدود: باب الحكم فيمن سب النبي صلى الله عليه وسلم (٤٣٦١) ٤/ ١٢٧، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٠٢)، (١٠٣) ٣/ ١١٢-١١٣، والحاكم في الحدود (٨٠٤٤/ ٢١) وقال: حديث صحيح على شرط مسلم. المستدرك على الصحيحين ٤/ ٣٩٤، وقد حكم بصحة هذا الحديث الذهبي. انظر: التلخيص بهامش المستدرك على الصحيحين للحاكم ٤/ ٣٩٤. وقال الألباني: إسناده صحيح على شرط مسلم. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٩٢.

(٤) في المخطوط (أنه كان).

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٦٩؛ ومختصر الطحاوي ص ٢٦٦؛ والأم ٥/ ٣١٣؛ وتكملة المجموع ٢/ ٧١.

(٦) انظر: المدونة ٤/ ٣٨٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥.

لأنه حين إضافة الزنا إليها كانت ناقصة بالكفر، فلم يجب الحد على قاذفها، كما لو كانت حين القذف كافرة أيضاً.

[١٥٧٦/٤٢] **مسألة:** فإن قال له: يا زان. ثم أقام البينة أنه زنا حين كفره، فلا حد عليه[١].

خلافاً لمالك في قوله: يلزم القاذف الحد، ولا تسقط حصانته بذاك الزنا[٢].

(لأنه قذف)[٣] من وجد منه فعل الزنا، فلم يجب على قاذفه الحد، دليله: لو زنا في حال الإسلام، ثم قذفه قاذف.

[١٥٧٧/٤٣] **مسألة:** لا يجب على الأب حد القذف في حق ابنه[٤].

خلافاً لمالك في قوله: إن حقق المطالبة كان له ذلك[٥].

لأن الأبوة معنى يؤثر في إسقاط القود، فجاز أن يؤثر في إسقاط حد القذف، دليله: الرق، والكفر، وهذا مسلم، لأنه يؤثر في القتل حداً بالسبب عندهم، وعندنا في جميع الجهات.

[١٥٧٨/٤٤] **مسألة:** إذا قال: أشهدني فلان، أو أخبرني بأنك زان. لم

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٤٥؛ والأم ٥/ ٣١٣، وروضة الطالبين ٦/ ٢٩٩-٣٠٠.

(٢) وبه قال أبو حنيفة. انظر: المدونة ٤/ ٣٨٩، ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣١٦.

(٣) كلمتان لم تتضحا بالمخطوط وصححتهما من رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥.

(٤) وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥؛ وفتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٣/ ٤٧٧؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٥٢.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٧.

يحد[١].

خلافاً لمالك في قوله: عليه الحد إلا أن يقيم بينة على ما ادعاه[٢].

لأنه لم يقذفه وإنما أخبر عن غيره فلا يكون قاذفاً له، لأنه لم يتحقق عليه الزنا، وهو كما لو قال: فلان قد قذفك.

[١٥٧٩/٤٥] **مسألة:** إذا قذف أجنبياً بالزنا، فحد له، ثم (أعاد)[٣] قذفه بذلك الزنا لم يحد له[٤].

خلافاً (لابن القاسم)[٥] من أصحاب مالك[٦].

لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب، وهو قد تحقق بكذبه فلا حد عليه.

[١٥٨٠/٤٦] **مسألة:** إذا قال لأجنبية: زنيت مكرهة. لم يكن قاذفاً[٧].

خلافاً لمالك في قوله: هو قاذف يحد[٨].

لأنه ما قذفها ولا أدخل عليها معرة بهذا القول، فلم يلزمه الحد، كما لو قال:

---

(١) وبه قال أبو حنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٧٤؛ وفتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٣/ ٤٧٧.

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٤٠٢.

(٣) في المخطوط (ادعا) والصحيح ما أثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٧٦.

(٥) في المخطوط: (لأبي القسم) والصحيح ما أثبت.

(٦) ينظر قوله في شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ١٢٨.

(٧) لم أقف على مذهب الحنابلة. وذهب إلى هذا القول بعض الحنفية، والشافعي. انظر: الفتاوى الهندية ١/ ٥١٨؛ والأم ٥/ ٣١٣.

(٨) انظر: المدونة ٤/ ٣٨٨.

زنيت وأنت صغيرة.

[١٥٨١/٤٧] **مسألة:** لا يجب على قاذف العبد حد القذف[(١)].

خلافاً لداود في قوله: يجب الحد بقذفه[(٢)]:

لأن الأصل براءة ذمة القاذف فمن ادعى شغلها فعليه الدليل.

ولأنه إحصان يعتبر فيه العقل، (فاعتبر)[(٣)] فيه الحرية، دليله: إحصان الرجم.

يبين صحة هذا: أن العفة معتبرة في إحصان القذف، وغير معتبرة في إحصان الرجم

[١٥٨٢/٤٨] **مسألة:** إذا / قال لعربي: يانبطي[(٤)]، يارومي. يافارسي، أو [١٣١] لفارسي: يا رومي. أو لرومي: يا فارسي. ولم يكن في آبائه من هذه صفته فلا حد على القاذف[(٥)].

خلافاً لمالك، والثانية: عليه الحد[(٦)].

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٥، وروضة الطالبين ٦/ ٢٩٦.

(٢) انظر: المحلى ١٣/ ٢٥٩.

(٣) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٤) النبط: جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق، ثم استعمل في أخلاط الناس وعوامهم. انظر: المصباح المنير مادة «نبط».

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٦؛ وكتاب التمام ٢/ ١٨٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٧٤؛ وفتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٣/ ٤٧٧؛ والأم ٧/ ١٦١.

(٦) انظر: المدونة ٤/ ٣٩٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٦.

لأنه يحتمل أن يريد بذلك أن أمه زنت بنبطي فيكون قذفاً، ويحتمل أن يريد به نبطي الدار ولد في دار الأنباط، أو نبطي اللسان، فلم يكن قذفاً.

[**١٥٨٣/٤٩**] **مسألة:** فإن قذف صغيرة يجامع مثلها، أو صغيراً يجامع مثله حُدَّ حَدَّ القذفِ[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما][٢]: لا حد عليه إذا لم تكن بالغاً[٣].

لأن مثله يجامع، ويجامع مثلها، فجاز أن يجب الحد على القاذف، دليله: البالغ.

ولأن حد القذف يجب لما يلحق المقذوف من إدخال المعرة (من)[٤] القاذف، ومن يحتمل الوطء تلحقه المعرة بالقذف ويقدح فيه لتأتي الفعل منه، فيجب أن يلزمه الحد.

ولأنها عقوبة تجب بهتك حرمة البالغ، فجاز أن تجب بهتك حرمة غير البالغ، دليله: القصاص.

[**١٥٨٤/٥٠**] **مسألة:** إذا قال لها يا زانية. فقالت: بك زنيت. فهو إقرار منها

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٩؛ والمدونة ٢/ ٣٣٩.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٠؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ٢٢٠؛ والأم ٥/ ٣١٣؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٣٩٢.

(٤) في المخطوط (على).

بالزنا، فيسقط الحد عن القاذف، ولا يجب (عليها)[1] حد الزنا حتىٰ تكمل أربع مرات، ولا تكون قاذفة بهذا الإقرار[2].

خلافاً لمالك في قوله: هو إقرار صحيح فيسقط الحد عن القاذف ويجب عليها الحد، وهو قذف صريح لفظاً فيجب عليها حد القذف[3].

وخلافاً للشافعي في قوله: ليس بإقرار صحيح من جهتها، ولا قذف صحيح، فيجب علىٰ الزوج حد القذف إذا طالبت، ولا يجب عليها حد الزنا، ولا حد القذف[4].

فالدلالة علىٰ أن هذا إقرار من جهتها بالزنا يوجب إسقاط حد القذف عن القاذف: أن قولها «بك زنيت» إقرار بالزنا، يدل عليه: أنه لو ابتدأ فقال لامرأة أجنبية: بك زنيت. كان إقراراً بالزنا علىٰ نفسه، كما لو قال لها: زنيت بك. كذلك إذا خرج مخرج المقابلة.

والدلالة علىٰ أنه ليس بقذف صريح من جهتها، ولا يجب عليها به حد القذف: هو أن الإقرار بالزنا إذا كان مضافاً إلىٰ معين لم يكن به قاذفاً لها، كما لو

---

(١) في المخطوط (عليه).

(٢) وبه قال أبو حنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٧٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٣.

(٣) انظر: الشرح الصغير ٦/ ١٨٧؛ وحاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير ٦/ ١٨٧.

(٤) رأي الإمام الشافعي في هذه المسألة أنها تسأل، فإن قالت: عنيت أنه أصابني وهو زوجي. حلفت ولاشيء عليها، وعليه أن يلتعن أو يحد، وإن قالت: زنيت به قبل أن ينكحني. فهي قاذفة له وعليها الحد، ولا حد عليه، لأنها مقرة بالزنا، ولا لعان. انظر: الأم ٥/ ٣١٣.

قال: زنيت بفلانة. فإنه لا يكون قاذفاً لها، وإنما دعوىٰ في هذا، فالدلالة عليه: قول النبي ﷺ لماعز، وقد أقر علىٰ نفسه بالزنا «بمن؟»[١] فلو كان ذلك قذفا لم ينشد عنه النبي ﷺ، وقد روىٰ ابن بطة هذا اللفظ في سننه بإسناده، عن نعيم بن هزال، عن أبيه قال: كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحي، فقال له أبي: أت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك، وإنما يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجاً، فأتاه / فقال: يارسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب [١٣٢] الله. فأعرض عنه، فقال: يارسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب الله حتىٰ قالها أربع مرات، فقال رسول الله ﷺ: «قد قلتها أربع مرات فبمن؟» قال: بفلانة»، وذكر الخبر بطوله، ويفارق هذا قوله: زنيت وزنيت، لأن ذلك قذف مطلق، وهذا مضاف إلىٰ معين.

[١٥٨٥/٥١] **مسألة:** إذا قذف ذمي مسلماً وجب عليه حد القذف، ثم نقض العهد، ولحق بدار الحرب، ثم سبي واسترق في دار الإسلام أقيم عليه الحد، وكذلك المسلم إذا قذف، ثم ارتد، ثم أسلم أقيم عليه الحد[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقام عليه الحد[٣].

لأنه حد واجب عليه، فلا يسقط بلحوقه بدار الحرب، أصله: المسلم إذا قذف

---

(١) رواه البخاري في الحدود: باب لا يرجم المجنون والمجنونة (٦٨١٥)، وفي باب سؤال الإمام المقر: هل أحصنت؟ (٦٨٢٥) ٤/ ٢٥٣، ٢٥٦. ومسلم في الحدود: باب من اعترف علىٰ نفسه بالزنىٰ (١٦٩١)(١٦)، (١٦٩٣)(١٩) ٣/ ١٣١٨، ١٣٢٠.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٨.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢١٦.

مسلماً، ثم دخل دار الحرب بأمان، ثم رجع إلىٰ الإسلام، فإن الحد لا يسقط عنه، وإن ما يطرأ بعد وجوب الحد لا يسقطه مع إمكان استيفائه، أصله: الجنون، فإنه لو وجب الحد ثم جن، ثم أفاق عليه الحد، وخراب الحرز بعد وجوب القطع، وجنون الثاني.

[١٥٨٦/٥٢] **مسألة:** الأمة تصير فراشاً بالوطء، فإذا أقر السيد بوطئها فأتت بولد لحق به[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تصير فراشاً بالوطء، وإذا استولد لم يثبت نسبه حتىٰ يعترف به (المولىٰ)[٢].[٣]

لأنه نوع وطء لا يوجب الحد صادف من ليست بفراش، فوجب أن يثبت به الفراش، دليله: وطء الشبهة، ولا يلزم عليه الوطء بها، لأنه يوجب الحد، ولا يلزم عليه الوطء الثاني والثالث في حق الزوجة والأمة، لأن ذلك صادف فراشاً، فلهذا لم يثبت به الفراش، ولايلزم عليه وطء المجنون لأجنبية أنه لا يوجب الحد ولا يثبت الفراش، لأن التعليل للنوع، ولا يلزم عليه أعيان المسائل.

ولأنه يستوي فيه الأصل والفرع.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الأصل يجب به عدة ومهر. لأنه يبطل بوطء أم ولده لا يوجب عدة ولا مهراً، ومع هذا يلحق به ولدها بالإقرار السابق مع أنه يوجب

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس السائل ٣/ ١٠٤٨؛ وتكملة المجموع ١٧/ ٤٢٧.

(٢) في المخطوط (الولي).

(٣) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ٤٦.

عدة، وهو الإستبراء.

[١٥٨٧/٥٣] **مسألة:** إمكان الوطء معتبر في لحوق النسب، فإذا تزوج امرأة بحضرة الحاكم وطلقها عقيب النكاح بأن قال: قبلت هذا النكاح فهي طالق. ثم أتت بولد لم يلحق به، وكذلك لو لم يسبق منه طلاق عقيب العقد لكن طلقها بعد مضي ستة أشهر وهما بحضرة الحاكم ومعهم الشهود في المدة، كذلك إذا تزوجها بالمشرق وهي بالمغرب فأتت بولد لستة أشهر فقط من غير اعتبار مسافة الطريق، وكذلك لو أتت به لست أشهر ومسافة الطريق / إذا كان سير مثله لا يخفى، مثل[١٣٣] الخليفة، والأمير، والقاضي، والتاجر الكبير، وكذلك إذا حال بينه وبينها غاصب منع من الاجتماع معها بعد عقد النكاح، وأتت بولد لستة أشهر[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يعتبر إمكان الوطء، ويلحق الولد به إذا طلقها عقيب النكاح وجأت به لستة أشهر، وفي المغربية إذا جاءت به لستة أشهر وإن لم تمض مدة المسافة[٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن مضت مدة المسافة في المشرقية والمغربية لحق به النسب سواء كان مثله يخفى سيره، أو لا يخفى، وكذلك إذا كانا بحضرة الحاكم مدة الحمل بحيث يشاهدهما، فلم يجتمعا، وطلقها بعد مضي مدة الحمل لحق به[٣].

---

(١) وبه قال بعض المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٤٩؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٤٦٠.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ١/ ٥٣٠.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩١.

فالدلالة على أبي حنيفة: أنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه، فوجب أن لا يلحقه، دليله: امرأة الصبي إذا أتت بولد.

ولا معنى لقولهم: الصبي لا يصح منه استلحاق نسب. لأنه يبطل بالمجنون لا يصح منه استلحاق النسب، وإذا أتت به على فراشه لحمل تام ثبت نسبه، وعلى أن هذا وإن كان ممن يصح منه الاستلحاق فإنه معتبر في حقه الإمكان، بدليل اعتبار المدة، وهو مضي زمان ستة أشهر.

ولا معنى قولهم: إن الفراش هناك معدوم. لأن الفراش عندك هو الزوجية، وذلك موجود في الصبي.

والدلالة على أصحاب الشافعي: اتفاقنا على أن إمكان الوطء معتبر، وهو غير ممكن في المواضع التي ذكرناها إلا إذا كان غائباً عنها في بلد آخر وسير مثله لا يخفى، أو كانا بحضرة الحاكم ومعاينة الشهود، أو حال بينه وبينها غاصب علمنا أنه لم (يخلق)[1] من مائة، وجرى مجرى ما لو تزوجها وعقب النكاح بالطلاق، وجاءت بولد، وأتت به لستة أشهر دون مسافة الطريق، فإنه لا يلحق كذلك ها هنا.

ولا معنى لقولهم: إن لم يمكن الوطئ فإنه يمكن وصول مائه إليها في البلد الذي هي فيه، أو بحضرة الشهود، أو في يد الغاصب. لأن هذا الماء لا حرمة له على أصل مخالفنا، لأن عنده أن الاستمناء محرم قبل النكاح وبعد النكاح، وقد قالوا: لو استمنى قبل النكاح، واستدخلته بعد النكاح لم يلحق به. كذلك إذا

(١) في المخطوط (يلحق).

استمنى بعد النكاح لمشاركتهما في إسقاط الحرمة لكونه فعلاً محرماً في الحالين.

ولأن الأحكام التي تتعلق بالوطء لا تتعلق باستدخال الماء، كالمهر، وتحريم المصاهرة، ولأن أهل الطب قد قالوا: إذا برد لم ينعقد منه الولد.

ولا معنى لقولهم إن سيره إن كان لا يخفى فإن سيرها قد يخفى فلا يمتنع أن تكون قد سارت هي إليه في البلد الذي هو فيه فاجتمع معها. لأنه إن كان سيره لا / يخفى لحق به الولد على ظاهر كلام أحمد، لأنه قال إذا كان يمكنه أن يأتي أهله[١٣٤أ] ويرجع لحق به. فاعتبر الإمكان في مجيئه.

كتاب العدد[١]

[١٥٨٨/١] **مسألة:** الأقراء المذكور في القرآن وتنقضي بها العدة: هي الحيض[٢].

خلافاً لمالك، والشافعي، والثانية: هي الأطهار[٣].

لما روت عائشة عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان»[٤]. ولم يقل طهران.

---

(١) العدة: جمعها عدد، وهي مأخوذة من العدد والحساب، لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالباً. انظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة «عدد».

وشرعاً: هو التربص المحدد شرعاً. انظر: كشاف القناع ٥/ ٤١١.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٠؛ والمغني ١١/ ١٩٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٧؛ وفتح القدير ٤/ ٣٠٨.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٨٩؛ والأم ٥/ ٢٢٥؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٣٣؛ والمغني ١١/ ٢٠٠.

(٤) رواه ابن ماجة في الطلاق: باب في طلاق الأمة وعدتها (٢٠٧٩) ١/ ٦٧١، والدارقطني في الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (١٠٤) ٤/ ٣٨؛ والبيهقي في الرجعة: باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء، ومن قال: هما جميعاً بالنساء. السنن الكبرى ٧/ ٣٦٩. الجميع من طريق عمر بن شبيب المسلي، عن عبدالله بن عيسى بن عبدالرحمن بن أبي ليلى، عن عطية العوفي، عن عبدالله بن عمر مرفوعاً. وقد رواه الإمام مالك من طريق نافع، عن ابن عمر موقوفاً. انظر: موطأ مالك في الطلاق: باب ما جاء في طلاق العبد، (٥٠) ٢/ ٥٧٤. قال الدارقطني، والبيهقي: تفرد به عمر بن شبيب المسلي مرفوعاً، وكان ضعيفاً، والصحيح ما رواه سالم ونافع عن ابن عمر موقوفاً. انظر: سنن الدارقطني ٤/ ٣٨؛ والسنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٣٦٩. قال الألباني في إرواء الغليل ٧/ ١٥٠، ٢٠١: إن الصواب الوقف على ابن عمر، أما الرفع فمنكر غير ثابت من وجهين، أحدهما: أن عطية ضعيف، وسالم ونافع أثبت منه وأصح رواية.

والوجه الآخر: أن عمر بن شبيب ضعيف الحديث لا يحتج بروايته.

ولأن اسم القُرْءِ يقع على الحيض والطهر جميعاً. قال ذلك يعقوب[(١)] في كتاب الأضداد[(٢)].

وقالوا: إن الأطهار في لغة أهل الحجاز، والحيض في لغة أهل العراق، وهي لغة تميم، وقد نزل القرآن باللغتين، وأجمعوا على أن الأقراء المذكور في الآية لم يرد بها الأمرين، وإنما أراد بها أحدهما، وحملها على الحيض أولى لوجهين:

أحدهما: أنه حقيقة[(٣)] في الحيض مجاز[(٤)] في الطهر، بدليل: أنه يقال للتي تحيض إنها من ذوات الأقراء، ولا يقال للآسة ولا الصغيرة إنها من ذوات الأقراء، والطهر موجود فيهما، فلو كان اسم القرء حقيقة في الطهر لما جاز أن ينتفي عنه بحال، لأن أسماء الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها، ألا ترى أن اسم الأب لما كان حقيقة في الأب الأدنى مجازاً في الجد، لم يجز أن ينتفي عن الأب بحال، وجاز أن ينتفي عن الجد، فلما كان اسم القرء ينتفي عن الطهر بحال ولا ينتفي عن الحيض علم أنه مجاز في الطهر حقيقة في الحيض.

والثاني: أنه لغة النبي ﷺ، لأنه ذكر الأقراء في مواضع وأراد بها الحيض. فقال: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها»[(٥)]. وقال لفاطمة[(٦)]: «صلي ما بين

---

(١) هو يعقوب بن إسحاق، ابن السكيت. إمام في اللغة والأدب. انظر: الأعلام للزركلي ٨/ ١٩٥.

(٢) انظر كتاب الأضداد ص ١٦٣-١٦٥.

(٣) الحقيقة: اسم أريد به ما وضع له في اصطلاح به التخاطب. انظر التعريفات للجرجاني ص ١٢١.

(٤) المجاز: اسم لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة بينهما. انظر التعريفات للجرجاني ص ٢٥٧.

(٥) رواه أبوداود في الطهارة: باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر (٢٩٧) ١/ ٧٩؛ والترمذي في أبواب الطهارة: باب ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة (١٢٦) ١/ ٢٢٠؛ وابن ماجة في الطهارة (٦٢٥) ١/ ٢٠٤؛ والبيهقي في كتاب الطهارة: باب الوضوء من الدم يخرج من أحد السبيلين وغير ذلك من دود أو حصاة أو غيرهما. السنن الكبرى ١/ ١١٦. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ١/ ٢٢٥.

(٦) هي فاطمة بنت أبي حبيش بن المطلب بن أسد بن عبدالعزى بن قصي القرشية الأسدية. انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/ ١٩٣، وأسد الغابة ٧/ ٢١٨.

القرء إلىٰ القرء»[١]. يعني الحيض، فوجب أن يكون المراد بالقرء المذكور الحيض، وكل موضع احتيج فيه إلىٰ معرفة براءة الرحم وسقط اعتبار الشهود ووضع الحمل اعتبر فيه الحيض دون الطهر، دليله: استبراء الأمة.

[**١٥٨٨/٢**] **مسألة**: إذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لم تنقض العدة حتىٰ تغتسل[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن انقطع الدم من الحيضة الثالثة لأقل من أكثر الحيض لم تنقض العدة حتىٰ تغتسل، أو يوجد ما ينوب عن الغسل، وإن انقطع لأكثره انقضت العدة قبل الغسل[٣].

وخلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: تنقضي قبل الغسل[٤].

وهذا مبنىٰ علىٰ أصلنا، وأن العدة تنقضي بانقضاء الحيضة الثالثة.

وعندهما تنقضي بالشروع بالحيضة. فلا معنىٰ لاعتبار الغسل، وهكذا يتخرج علىٰ الرواية التي تقول: الأقراء أطهار.

لما رواه الشعبي عن بضع عشرة نفساً من أصحاب رسول الله ﷺالخير / والخير [١٣٥]

---

(١) رواه النسائي في الطلاق: باب الأقراء (٥٧٤٧) السنن الكبرىٰ ٣/ ٤٠١، وأبوداود في الطهارة: باب في المرأة تستحاض، ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض (٢٨٠) ١/ ٧١، وابن ماجة في الطهارة وسننها: باب ما جاء في المستحاضة التي عدت أيام أقرائها قبل أن يستمر بها الدم (٦٢٠) ١/ ٢٠٣. الجميع من طريق المنذر بن المغيرة عن عروة بن الزبير أن فاطمة بنت أبي حبيش حدثته. وهذا الإسناد صحيح. انظر: إرواء الغليل ٧/ ١٩٩.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥١؛ والمغني ١١/ ٢٠٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٨٦؛ وفتح القدير ٤/ ١٦٦.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٦؛ وشرح الزرقاني علىٰ موطأ مالك ٣/ ٢٠٤؛ والأم ٥/ ٢٢٥؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٤٢.

منهم أبوبكر وعمر إن عليها الرجعة ما لم تغتسل[١].

ولأنها ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض المحتسب به من العدة، فيجب أن تمنع من الأزواج، دليله: لو كان الحيض باقياً، يبين صحة هذا: أنه بعد انقطاعه وقبل الغسل في حكم الحيض، بدليل: أنه يمنع الزوج من وطئها، يجب أن يكون في مسألتنا كذلك.

ولأنها لم تغتسل من أقراء عدتها، فلم تبح للأزواج، دليله: إذا انقطع لأقل من أكثره.

[**١٥٩٠/٣**] **مسألة:** إذا تأخر حيض المطلقة لعارض من مرض، أو رضاع أو نفاس بقيت في العدة حتىٰ تحيض أو تبلغ حد الإياس، فإن تأخر بغير عارض انتظر أن يعلم براءة رحمها بتسعة أشهر، ثم اعتدت بالشهور الثلاثة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في الجديد [في قولهما][٣]: إذا تأخر حيضها لعارض أو لغير عارض بقيت في العدة حتىٰ تحيض أو تبلغ حد الإياس[٤].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في الطلاق: من قال: هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة. من طريق إسماعيل بن عياش، عن عبدالله الكلاعي، عن مكحولاً: أن أبابكر وعمر وعليا وابن مسعود وأبا الدرداء وعبادة بن الصامت وعبدالله بن قيس الأشعري كانوا يقولون في الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين: إنه أحق بها ما لم تغتسل من حيضتها الثالثة. المصنف ٥/ ١٩٣. هذا الأثر مرسل لأن مكحول لم يلق هؤلاء الصحابة.

(٢) وبه قال مالك. انظر: المغني ١١/ ٢١٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٨٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٧.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٤٨؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٥٢٧؛ والأم ٥/ ٢٦٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٤٧.

لأن تأخر الحيض عن عادته من غير عارض أو سبب يوجب ريبة في الحمل، فوجب أن نعتبر غالب مدة الحمل، وعلىٰ أنه تسعة أشهر، وثلاثة أشهر زمان العدة، ومازاد علىٰ ذلك لا حاجة بنا إليه، فلم يجب الاعتداد به.

ولأنه تأخر الحيض عن وقته لغير عارض، فاعتدت بالشهور، دليله: إذا بلغت سناً تحيض في مثله فلم تحض، وهما سواء عندنا، والإعتداد في السنة.

[١٥٩١/٤] **مسألة:** إذا طلقها وقد أتىٰ عليها زمان الحيض ولم تحض فعدتها سنة [١].

خلافاً لأكثرهم، والثانية في قولهم: تعتد بثلاثة أشهر [٢].

لأنه قد تأخر حيضها عن وقته لغير عارض فلم تعتد بثلاثة أشهر، دليله: من ارتفع حيضها بعد وجوده لغير عارض، وهما سواء عندنا في الاعتداد لسنة.

ولأن تأخر الحيض عن عادته من غير عارض أو سبب يعرف ريبه، ولا يجوز النكاح مع الريبة.

[١٥٩٢/٥] **مسألة:** المستحاضة إذا نسيت وقت حيضها ولم تدر هل كانت تحيض من كل شهر، أو من كل شهور حيضة ودام بها الدم جميع الشهر، فإنها تعتد سنة، وإن كانت تعلم أنها تحيض من كل شهر حيضة، وقد أنسيت وقتها من

(١) انظر رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥١؛ والمغني ١١/ ٢١٢.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الجمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣١٠؛ والمدونة ٢/ ٧٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٦؛ والأم ٥/ ٢٣٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٤٦؛ والمغني ١١/ ٢١٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة ٣/ ٢٨٠.

الشهر، فإنها تعتد ثلاثة أشهر، فيها ثلاثة أقراء[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: تعتد بثلاثة أشهر[٢].

لما روي عن عمر بن الخطاب قال: «عدة المستحاضة سنة»[٣]. لا يعرف له مخالف في الصحابة.

ولأنها إذا لم تعرف وقت عادتها احتمل أن لا يكون لها حيض لأجل الاستحاضة، فاعتبر غالب مدة الحمل، وهي تسعة أشهر، ويليه أشهر عدة الآيسة كما قلنا فيمن تأخر حيضها لغير عارض تعتد سنة، تسعة أشهر / مدة غالب [١٣٦] الحمل، لجواز أن يكون هناك حمل رفع الحيضة، ويليه أشهر عدة الآيسة.

[١٥٩٣/٦] **مسألة:** إذا مات صبي عن امرأته وهي حامل فعدتها أربعة أشهر وعشراً[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، في قوله: إن مات الصبي عن امرأته وهي حامل فعدتها

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥١؛ والمغني ١١/ ٢١١٩؛ والمدونة ٢/ ٧٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ١٩٣؛ والبحر الرائق ٤/ ١٤١؛ والأم ٥/ ٢٦٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٤٤.

(٣) هذا الأثر رواه الإمام مالك في الطلاق: باب جامع عدة الطلاق (٧١) موقوفاً على سعيد بن المسيب. الموطأ ٢/ ٥٨٣ من طريق ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب موقوفاً. ورواه بن أبي شيبة في الطلاق: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته وهي مستحاضة بم تعتد؟ موقوفاً على سعيد بن المسيب. المصنف ٥/ ١٥٨. هذا الأثر إسناده صحيح عن سعيد ابن المسيب.

(٤) وبه قال الشافعي. انظر: رؤرس المسائل ٣/ ١٠٥٢؛ والمغني ١١/ ٢٣٥؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٥١.

وضع الحمل استحباباً، وإن ظهر الحمل بعد موته فعدتها أربعة أشهر وعشراً[١].

لأنه حمل مُنتَفٍ عن الزوج قطعاً ويقيناً، فوجب أن لا تعتد به، دليله: إذا حدث بعد موت الصبي، ولا يلزم عليه المزني بها إذا حملت أنها تعتد بوضع الحمل، وإن لم يمكن أن يكون منه، لقولنا: «لا يمكن أن يكون من زوجها» والزاني ليس بزوج، وعلىٰ أن ذاك استبراء، وليس بعدة، ولا يلزم عليه ولد الملاعنة، ومن قال: لامرأته إذا ولدت فأنت طالق. فولدت ولداً، ثم ولدت آخر لأكثر من أربع سنين أن العدة تنقضي به، لأن ذلك الحمل لم ينتف عنها قطعاً ويقيناً، لأنه يمكن أن يكون من الزوج، بدليل: أنه لو اعترف به ثبت نسبه.

ولأنها معتدة من وفاة لمن لا يولد له، فوجب أن يكون بالأشهر، دليله: بعد موت الصبي[٢].

ولا معنىٰ لقولهم: إن العدة بوضع هذا الحمل إذا كان موجوداً حال الموت لوجب إذا طهرت بعد ذلك أن تنتقل إليه، كما أن المطلقة إذا كانت آيسة عند الطلاق ثم ظهر الحيض بعده فإنها تنتقل من الشهور إلىٰ الحيض. لأن ذلك لو كان موجوداً حال الطلاق اعتدت به.

[١٥٩٤/٧] **مسألة:** إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها (بالأقراء)[٣]، ثم جاءت

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٩؛ وفتح القدير ٤/ ٣٢٣.

(٢) أي إذا حدث حمل بعد موت الصبي.

(٣) في المخطوط: (باقرا).

بولد لستة أشهر فصاعداً لم يثبت نسبه من الزوج [١].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يثبت نسبه منه مالم تتزوج أو تأت به لأكثر من أربع سنين [٢]. [٣]

لأن كل ولد لو أتت به بعد التزويج لم يلحق بالوطء الأول إذا أتت به قبل التزويج لم يثبت نسبه، أصله: الأمة التي أقر السيد باستبرائها، ثم أتت بولد لمدة حمل تام بعد الإقرار فإنه لا يثبت سواء تزوجت أو لم تتزوج، ولهم في الأمة قولان إلا أن منصوص الشافعي لا يلحق.

ولا معنى لقولهم: إن ولد الزوجة آكد، بدليل: أنه يلحق بالإمكان، وولد المملوكة لا يلحقه بالإمكان حتي يقر بوطئها. لأنها إذا وطئها تساويا في لحوق النسب، ثم فرقتم بينهما، كذلك هاهنا، وعلى أن افتراقهما من ذلك لم يرجع إلى أن الزوجية آكد، وإنما رجع إلى معنى آخر وهو: أن ملك اليمين يقصد منه الملك دون الوطء، ولهذا يملك من لا تحل له / وطئها، وعقد النكاح القصد منه [١٣٧] الاستمتاع، ولهذا (لا يقع على محرمة) [٤]، فلهذا تعلق عليه أحكام الوطء، ولو أنها أتت بولد لمدة حمل تام بعد اعترافها بانقضاء عدتها ولم نتبين كذبها فلم يثبت

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٢؛ والمغني ١١/ ٢٣٥.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٨٧؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ١٤٢؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٢٥.

(٣) مذهب الحنفية في هذه المسألة: أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه، وإذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٥؛ وفتح القدير ٤/ ٣٥٥.

(٤) في المخطوط «يقع على محرمة».

نسبه من الزوج المطلق، دليله: إذا تزوجت، ولايلزم عليه إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، لأنا تبينا كذبها، وكذلك إذا قالت: انقضت عدتي بالأشهر. ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر، لأنا تبينا كذبها إذ الآيسة لا تحمل.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هناك اختص الثاني بفراش تام، فكان الذي فراشه تاماً في الحال أولىٰ، لأنه يبطل بالأمة إذا أقر باستبرائها، ثم أتت بولد لمدة حمل تام بعد الإقرار، فإنه لا يثبت نسبه، ولو لم يقر بالاستبراء ثبت، ومع هذا فليس ها هنا من يساويه، ولا من هو أولىٰ منه.

[١٥٩٥/٨] **مسألة:** يثبت له عليها الرجعة بالخلوة، وإن تصادقا علىٰ أنه لم يدخل بها[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا رجعة[٢].

لأن الخلوة معنىٰ توجب العدة من الطلاق، فجاز أن تثبت بها الرجعة، كالدخول.

ولا معنىٰ لقول: إن العدة حق لله، فلا يقبل قولها في إسقاطه، والرجعة حق للزوج، فإذا تصادقا أنه لم يطأها قبل. لأن هذا يوجب إذا تصادقا علىٰ عدم الدخول أن لا يجب المهر، لأنه حق لهما، ومع هذا فلا يؤثر ذلك في إسقاطه.

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٢.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية، انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٨٧؛ وفتح القدير ٤/ ١٧١، والذخيرة ٤/ ٣٧٥، وتكملة المجموع الثانية ١٨/ ١٢٤-١٢٦.

[**١٥٩٦/٩**] **مسألة:** عدة الأمة بالأقراء من الطلاق قرءان[١].

وحكى عن داود: أنها تعتد بثلاثة أقراء[٢].

لقول النبي ﷺ: «طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان»[٣].

ولأنه أمر ذو عدد بنى على التفاضل، فلم تساو الأمة فيه الحرة، قياساً على الحدود، وقولنا: «ذو عدد» احتراز من الحمل والرجم، وقولنا «بني على التفاضل» احتراز من السكنى، والنفقة مدة العدة، والإيلاء، وغير ذلك من الحقوق، لأنها لم تبن على التفاضل، فلهذا تساويا فيها،

ووجه المفاضلة أن الحرة تعتد بثلاثة أقراء، والأمة تستبرأ بحيضة.

[**١٥٩٧/١٠**] **مسألة:** عدة الأمة بالشهور شهران[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: شهر ونصف[٥].

وللشافعي في أحد قوليه، والثالثة: ثلاثة أشهر[٦].

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٣؛ والمغني ١١/ ٢٠٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣١٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٦؛ والأم ٥/ ٢٣٢.

(٢) انظر: المحلى ١١/ ٦٢٣.

(٣) سبق تخريجه ص .

(٤) هذه رواية عن الإمام أحمد وهي أكثر الروايات عنه وهي أحد قولي الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٣؛ والمغني ١١/ ٢٠٩؛ والأم ٥/ ٢٣٢.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣١١؛ والمغني ١١/ ٢٠٩.

(٦) وبه قال مالك. انظر: رروضة الطالبين ٦/ ٣٤٧؛ والمغني ١١/ ٢٠٩؛ والمدونة ٢/ ٧١.

لأنها تعتد بقرئين إذا كانت من أهل الأقراء، فوجب أن يكون بإزاء كل قرء شهرٌ كالحرة لما كانت تعتد بثلاثة أقراء اعتدت بثلاثة أشهر، وكان بإزاء كل قرء شهرٌ.

ولا معنىٰ لقولهم: إنها اعتدت بقرئين. لأن الحيض لا يتبعض والشهور تتبعض، لأن ما لا يتبعض (يجب)[1] تكميله، فإن جميعه بمنزلة ما هو أصل بنفسه فيجب أن يكون القرء الثاني بمنزلة القرء الأول، ألا ترىٰ أن من أوقع نصف تطليقة علىٰ امرأته وجب تكميله، ووقعت عليها تطليقه، وكانت بمنزلة ما لو أوقع عليها تطليقة كاملة[2]، كذلك إذا طلق بعضها / وجب[3] أن تكمل فتطلق جميعها، وكان بمنزلة ما لو أوقع الطلاق علىٰ [١٣٨] جميعها، فوجب أن يكون حكم الله تعالىٰ [في الأقراء واحداً، ومن ثم يكون حكم القرء الثاني][4] وحكم القرء الأول سواء، ويكون كل واحد منهما بدلاً من شهر.

[١١/١٥٩٨] **مسألة:** إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً، ثم راجعها وطلقها قبل أن (يصيبها)[5] بنت علىٰ العدة[6].

---

(١) في المخطوط (ويجب).

(٢) انظر المغني ١٠/ ٥٠٩ .

(٣) في المخطوط (وجب وجب) وهذا تكرار من الناسخ وقع سهوا.

(٤) زيادة من المحقق لم تذكر بالمخطوط .

(٥) في المخطوط (أصابها).

(٦) وقال به الشافعي في أحد قوليه. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٤؛ والمغني ١١/ ٢٤٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٨٨، وروضة الطالبين ٦/ ٣٧٣.

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: تستأنف العدة[١].

لأنه نوىٰ عليها طلاقين أحدهما قبل الدخول، فلم يلزم استئناف العدة بعده، دليله: لو طلقها رجعياً ثم طلقها ثلاثاً قبل الرجعة.

ولامعنىٰ لقولهم: إن العدة هناك لم تبطل وبالرجعة قد بطلت. لأنا لا نسلم بطلانها، وليس إذا انقطع المضي فيها دل علىٰ بطلانها، كما لو سبقه في الصلاة، فإنه يمنعه ذلك من المضي في أفعالها ولم يدل ذلك علىٰ بطلانها عند أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وإحدىٰ الروايات لنا[٢].

[١٥٩٩/١٢] **مسألة:** فإن خالعها، ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها قبل الدخول فعليها [أن][٣] تعتد تلك العدة [٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليها عدة مستقبلة [٥].

لأنه نكاح عرىٰ عن خلوة ومسيس واشتغال الرحم بمائه، فلم يعقب عدة عن طلاق، دليله: النكاح بعد انقضاء العدة.

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك، وأحد القولين للشافعي ورجحه النووي من الشافعية. انظر: الهداية رح بداية المبتدي ٢/ ٣١٠؛ وفتح القدير ٤/ ٣٣١؛ والمغني ١١/ ٢٤٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٨٨؛ وموطأ مالك ٢/ ٥٨٣؛ والأم ٥/ ٢٥٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٧٣.

(٢) انظر: المغني ٢/ ٢١٠.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال مالك، والنووي من الشافعية. انظر: المغني ١١/ ٢٤٣؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٢٨٨؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٧٥.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٠؛ وفتح القدير ٤/ ٣٣١.

[١٦٠٠/١٣] **مسألة:** إذا طلق امرأته تطليقة فمضي من عدتها قرء، ثم طلقها تطليقة أخرىٰ لم يجب عليها بالثانية شيء، وتحتسب بثلاثة أقراء من التطليقة الأولىٰ[١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يجب عليها قرءان بأنه يحتسب بهما من العدة الواجبة بالتطليقة الأولىٰ من الواجب بالتطليقة الثانية، فإذا مضت ثلاثة أقراءٍ من حين طلقها التطليقة الأولىٰ كان عليها قرء واحد[٢].

لأن العدة تختلف بالرق والحرية كالحد، ثم اتفقوا أن تكرر السبب الموجب للحد لا يوجب تكرر وجوب الحد[٣]، كذلك تكرر السبب الموجب للعدة يجب أن لا يوجب تكرر وجوب العدة.

[١٦٠١/١٤] **مسألة:** المتوفىٰ عنها إذا لم تكن حاملاً فإنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، ولا يراعىٰ فيها الحيض[٤].

خلافاً لمالك في قوله: إذا كانت المتوفىٰ عنها مدخولاً بها، وكانت ممن يحيض فلابد من حيضة إذا لم تكن عادتها تأخير الحيض[٥].

لأنها عدة عن وفاة، فلم يراع فيها الحيض، كما لو كانت عادة المرأة أن تحيض

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١١/ ٢٤٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/٢٨٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكية ١/ ٥١٨.

(٢) هذا أصح القولين عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٢؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٩٥.

(٣) انظر المغني ١٢/ ٣٨١.

(٤) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٤؛ والمغني ١١/ ٢٢٣؛ وفتح القدير ٤/ ٢١٣؛ والأم ٥/ ٢٣٩.

(٥) انظر: كتاب التفريع ٢/ ١١٧، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٧.

في كل ستة أشهر دفعه، ولا يلزم عليه المطلقة في المرض[(١)] أنه يعتبر فيها الحيض، لأنها عن طلاق ووفاة.

[١٦٠٢/١٥] **مسألة**: إذا طلق امرأته في مرضه ثلاثاً أو رجعياً، ثم مات قبل انقضاء العدة فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض[(٢)].

خلافاً لمالك / والشافعي في قولهما: ثلاث حيض[(٣)]. [(٤)] [١٣٩]

لأنها مطلقة في المرض فلزمها عدة الوفاة، دليله: إذا طلقت في المرض طلقة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن تلك زوجة، فلهذا اعتدت عدة الوفاة، وهذه باين.

لأنه يلزم عليه إذا طلق إحدىٰ نسائه لا بعينها ومات فهي مطلقة وتعتد عندهم عدة الوفاة والطلاق[(٥)].

ولا معنىٰ لقولهم: إن كل واحدة من الزوجات يحتمل أن تكون هي المطلقة فيكون عليها عدة الطلاق، ويحتمل أن تكون غير مطلقة فتكون عدتها عدة الوفاة، فلما احتمل الأمرين فيهن لهذا أوجبنا العدتين. وهذا ها هنا، لأنه ليس بمعدوم، لأنه قد وجد سبب العدتين في حقهما، أما عدة الطلاق فلا شبهة فيها، لأن سببها سابق، وهو الطلاق، وهي جارية فيها، وأما عدة الوفاة فسببها الميراث، لأن

---

(١) أي التي طلقها زوجها في مرض موته.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٤؛ والمغني ١١/ ٢٢٥-٢٢٦.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٩، والأم ٥/ ٢٤١؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٥٢.

(٤) رأي أبي حنيفة في هذه المسألة: أنها تعتد أبعد الأجلين. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣١٥.

(٥) انظر عقد الجواهر الثمينة ٢/ ٢٦٨، والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٠.

الميراث لا يثبت لزوجة إلا وهي ممن يجب عليها عدة الوفاة [١].

[١٦٠٣/١٦] **مسألة**: المبتوتة[٢] لا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملاً[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لها السكنى والنفقة[٤].

وخلافاً للشافعي في قوله: لها السكنى دون النفقة [٥].

لما روى أحمد باسناده عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها على عهد رسول الله ﷺ فبعثه رسول الله ﷺ في سرية فقال لي أخوه: اخرجي من الدار. فقلت: إن لي نفقة وسكنى حتى يحل الأجل. قال: لا. قالت: فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: إن فلاناً طلقني، وإن أخاه أخرجني ومنعني السكنى والنفقة. فأرسل إليه فقال: «مالك ولابنة آل قيس» قال: : يارسول الله إن أخي طلقها ثلاثاً جميعاً. قالت: فقال رسول الله ﷺ: «انظري يا ابنة آل قيس إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة، فإذا لم يكن له عليها رجعة فلا نفقة ولا سكنى، اخرجي فانزلي على فلانة وذكر اختها»[٦] وهذا نص في إسقاط النفقة

---

(١) انظر المغني ٩/ ١٩٧ .

(٢) المبتوتة هي : المرأة المطلقة التي ليس لزوجها عليها رجعة .

(٣) انظر : رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٥ ؛ والمغني ١١/ ٤٠٢ .

(٤) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٥؛ وفتح القدير ٤/ ٤٠٣-٤٠٤ .

(٥) وبه قال مالك . انظر : الأم ٥/ ٢٤٢و٢٥٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٨٥؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٣

(٦) رواه الإمام مسلم في الطلاق : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها (١٤٨٠) (٣٧) ٢/ ١١١٤ .

والسكنىٰ في حق المبتوتة، لأنه جعل العلة في ذلك عدم الرجعة، وفي هذا التعليل إسقاط لقولهم: إنه حرمها ذلك لأنها كانت بذاءة علىٰ بيت أحمائها.

ولأنها حائل بائن، فلم يكن لها نفقة حاملاً كانت أو حائلا، لأنه إن لم يؤثر في الأصل أثر في الفرع.

ولأن المبتوتة إذا كانت حاملا لها النفقة.

ولأنها لا تستحق النفقة، فلا تستحق السكنىٰ، دليله: المرتدة، والمختلعة، والموطوءة بشبهة، وعكسه الرجعية، والزوجة لما استحقت النفقة استحقت السكنىٰ، وهذه العلة علىٰ الشافعي.

ولا معنىٰ لقولهم: الموطوءة بشبهة لم تستند العدة إلىٰ عقد صحيح، والمرتدة حصل الفسخ بسبب من جهتها. (لأن)[1] المرتدة والمختلعة سبب الفرقة جاء من جهتها، وها هنا جاء من جهة الزوج، لأن هذا لا يوجب / الفرق بينهما في[١٤٠] السكنىٰ، كما لم يوجبه في النفقة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن السكنىٰ حق لله تعالىٰ، ولهذا لو بدل لها المنزل تعين عليها ذلك، ولا يتعين في حق المبتوتة. لأن هذا لا يوجب الفرق بينهما في حق المبتوتة، كما لم يوجبه في حق الرجعية، وقد ثبت أن الرجعية يجب لها الأمران، يجب أن يسقط في حق المبتوتة.

[**١٦٠٤/١٧**] **مسألة:** لا يجب علىٰ المبتوتة أن تعتد في منزل زوجها، ولها أن

---

(١) في المخطوط (ولأن) ويظهر لي صحة ما أثبت.

تعتد في غيره[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يجب عليها أن تعتد في المنزل الذي طلقها فيه إذا لم يكن عذر يمنع[٢].

لما روىٰ في قصة فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ألبتَّةَ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته. فقال: مالك علينا من شيء. فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك»[٣]، ثم قال: «إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمىٰ تضعين ثيابك»[٤] فقد نقلها النبي ﷺ عن منزل زوجها، فلو كان لبثها في بيت زوجها واجباً لم ينقلها عنه.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه كان منزلها في مكان وحش، وكان بها سوء خلق. لأن تعليل النبي ﷺ يسقط هذا، وهو قوله: «إنما السكنىٰ والنفقة لمن ملك عليها الرجعة». ولأنها باين في حال الحياة، فلم يتعين عليها قضاء العدة [ ][٥]، دليله: الموطوءة بشبهة، والمرتدة، والمختلعة، والفسخ بالعيب [ ][٦] والمتوفىٰ عنها زوجها، ويفارق المتوفىٰ عنها زوجها أنه يتعين عليها ذلك [ ][٧] الزوج، لأن

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٥؛ والمغني ١١/ ٣٠٢.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٣؛ وفتح القدير ٤/ ٣٤٤؛ والأم ٥/ ٢٤٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٨٧، وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٢٧٣.

(٣) أم شريك اسم لعدة صحابيات لم أستطع معرفة المذكورة في هذا الحديث.

(٤) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٥) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله.

(٦) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله.

(٧) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله.

المطلقة إن دخلت وخرجت وتصرفت وأتت بولد كان هناك من ينفيه عن نفسه باللعان، ولهذا لم يكن عليها قبل الدخول عدة، فلهذا لم تتعين عليها العدة في بيت الزوج، والمتوفى عنها لأنها لو أتت بولد لزم الميت ولم يكن هناك من ينفيه عنه، فاحتطنا في مقامها في بيت زوجها، ولهذا المعنى وجب عليها العدة وإن لم يكن دخل بها.

ولأن عدة المتوفى عنها أغلظ، لأنها تطول مدتها، وتجب مع عدم الدخول، ويجب الإحداد عليها بإجماع.

[١٦٠٥/١٨] **مسألة:** المتوفى عنها زوجها لا سكنى لها ولا نفقة حاملاً كانت أم حائلاً[١].

خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي: لها السكنى حاملاً كانت أم حائلا[٢].

لأنها لا تستحق النفقة فلا تستحق السكنى، دليله: الموطوءة بشبهة، والمرتدة، وعكسه الرجعية.

[١٦٠٦/١٩] **مسألة:** إذا أحرمت المرأة بالحج في بيتها ومات عنها / وخافت [١٤١] فوت الحج إن أقامت على العدة مضت في حجها[٣].

(١) وبه قال أبوحنيفة، وأحد القولين للشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٦؛ والمغني ١١/ ٣٩٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٦؛ وفتح القدير ٤/ ٤٠٥، والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٩.

(٢) انظر: كتاب التفريع ٢/ ١٢٠؛ والكافي في فقه المدينة المالكي ١/ ٥٢٣؛ والأم ٥/ ٢٤٢؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٩، وروضة الطالبين ٦/ ٣٨٥.

(٣) وبه قال الشافعية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٦؛ والمغني ١١/ ٣٠٥ وروضة الطالبين ٦/ ٣٩٠.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تقيم حتىٰ تقضي عدتها سواء طرأت العدة علىٰ الإحرام، أو طرأ الإحرام علىٰ العدة[١].

لأن العدة لا تبطل بالمضي في الحج، والحج يفوت بالقيام فيحصل الحج مع الإتيان بالعدة أولىٰ من الإتيان بالعدة علىٰ الكمال مع فوات الحج، ولا يلزم عليه إذا كانت العدة سابقة للإحرام أنها تقدم وإن فات الحج، لأنها كانت ممنوعة من الإحرام بالحج، فخالفت [ ][٢] أحكمت الإحرام علىٰ نفسها فغلظ عليها وشدد، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لم يكن من جهتها تفريط في الإحرام بالحج.

[١٦٠٧/٢٠] **مسألة:** إذا سافر بها زوجها ثم مات عنها، وبينها وبين منزلها[٣] مسافة لا تقصر فيها الصلاة رجعت إلىٰ بلدها، وإن كان بينهما مسافة تقصر فيها الصلاة فأكثر، وبينها وبين مقصدها كذلك فهي بالخيار إن شاءت مضت وإن شائت رجعت ولم يلزمها المقام في الموضع[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان بينها وبين بلدها الذي خرجت أقل من مسيرة ثلاثة أيام لزمها الرجوع إلىٰ بلدها، وإن كان مسافة ثلاثة أيام فأكثر وبينها وبين مقصدها كذلك ويمكنها المقام في الموضع الذي مات فيه فإنها تقيم حتىٰ

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٣؛ وفتح القدير ٤/ ٣٤٦-٣٤٧، ومذهب المالكية في هذه المسألة: أنها تمضي علىٰ احرامها سواء كان بعمرة أو حج، ولا ترجع إلىٰ مسكنها ويسقط حقها منه. انظر الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ١٥٨.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط.

(٣) في المخطوط: منزلها منزلها. وهذا تكرار وقع من الناسخ سهوا.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٧؛ والمغني ١١/ ٣٠٣-٣٠٤.

تقضي العدة[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن انفصلت من بلدها لم يجب عليها الرجوع، وكان لها أن تمضي في سفرها[٢]. [٣]

فالدلالة على أبي حنيفة وأنه لا يلزمها المقام في الموضع الذي مات فيه ويجوز لها أن تسافر (إلى بلد المقصد إن)[٤] بعدت عن بلدها: أن العدة وجبت عليها وهي مسافرة سفراً (تقصر فيه الصلاة)[٥] فلم تمنع من المضي فيه إذا بعدت عن بلدها، دليله: إذا كان بينها وبين مقصدها أقل من مسيرة ثلاثة أيام.

ولا معنى لقولهم: إن ذلك ليس بسفر صحيح في حال الإنفراد، فأما في حال الاستدامة فإنه بمنزلة الصحيح ألا ترى أنه يجوز فيه القصر والفطر والمسح ثلاثاً، فكان يجب أن يكون في منع المضي في العدة، ولأن الصحيح وما دونه في الابتداء سواء، لأن العدة إذا وجبت وهي مقيمة لم يجز لها أن تسافر أقل من ثلاثة أيام، فلو كانت الاستدامة كالابتداء لوجب أن تمضي في أقل من ثلاثة أيام، كما منعت الابتداء.

والدلالة على أنها ترجع إلى بلدها إذا كان بينها وبينه مسافة لا تقصر فيها

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٣؛ وفتح القدير ٤/ ٣٤٦-٣٤٧.

(٢) انظر الأم ٥/ ٢٤٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠١.

(٣) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنها تعتد في أقرب المسكنين ما فارقته وما أمته. انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/ ٢٧٣.

(٤) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٥) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

الصلاة خلافاً للشافعي: لأنها في هذه المسافة في حكم المقيمة بدليل: أنها [ ][1] لا تسترخص السفر، وإذا كانت في حكم (المقيمة)[2] لم يجز لها السفر، كما لو وجبت وهي في البلد.

[١٦٠٨/٢١] **مسألة:** / المطلقة الثلاث عليها الإحداد[3] .[4] [١٤٣]

خلافاً للشافعي في أحد القولين، والثانية: لا إحداد عليها[5] .

لأنها بانت من زوجها بينونة يتعلق بها تحريم الوطء، فأشبه المتوفى عنها زوجها، ولا يلزم عليه الرجعية، لأنها لم تبن، والمنكوحة نكاحاً فاسداً، وأم الولد، لأنه ليس هناك زوجية، ولا يلزم عليه إذا اشترى الزوج زوجته، لأن البينونة لا يتعلق بها تحريم الوطء.

[١٦٠٩/٢٢] **مسألة:** يجب الإحداد في عدة الصغيرة والمجنونة[6] .

---

(١) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط وهذا رسمها: (لاصه).

(٢) في المخطوط (القيمة) ولعله خطأ من الناسخ.

(٣) الإحداد: هو اجتناب المتوفى عنها زوجها ما يدعو إلى جماعها، ويرغب النظر إليها ويحسنها من زينة وطيب. انظر الإقناع ٤/ ١١٧، ومنار السبيل ٢/ ٣٨٥.

(٤) وبه قال الحنفية، وأحد القولين للشافعي انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٧؛ والمغني ١١/ ٢٩٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١١؛ وفتح القدير ٤/ ٢٣٦. والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠١.

(٥) هذا هو الصحيح في مذهب الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٧٦؛ والمغني ١١/ ٢٩٩؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٨٩؛ والكافي في الفقه المالكي ١/ ٥١٩.

(٦) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٨؛ والمغني ١١/ ٢٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٩؛ والأم ٥/ ٢٤٨.

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][(١)]: لا إحداد عليهما [(٢)].

لأنها بينونة أوجبت اعتداداً، فأوجبت إحداداً، دليله: الكبيرة العاقلة.

وفيه احتراز من الرجعية، لأنه ليس هناك بينونة، ومن شراء الزوجة، لأن ذلك لا يوجب اعتداداً.

[١٦١٠/٢٣] **مسألة:** يجب الإحداد في عدة الذمية[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][(٤)]: لا إحداد عليها [(٥)].

وإنما تصح المسألة علىٰ أصله إذا كان زوجها مسلماً، فأما إن كان كافراً فلا عدة عليها عنده.

لأنها بينونة أوجبت اعتداداً، فأوجبت إحداداً، دليله: المسلمة، وكل ما وجب تركه في عدة المسلمة وجب تركه في عدة الذمية، كالوطء، والعنة.

[١٦١١/٢٤] **مسألة:** الذمية عليها العدة من الذمي سواء كان من دينهم واعتقادهم وجوب العدة أو لم يكن[(٦)].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١١؛ وفتح القدير ٤/ ٣٣٦.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٨؛ والمغني ١١/ ٢٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ١/ ٥١٩؛ والأم ٥/ ٢٥٩.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١١؛ وفتح القدير ٤/ ٣٣٦.

(٦) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٨؛ والمغني ١١/ ٢٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٩١؛ والأم ٥/ ٢٥٩؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٨٥.

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][١]: لا عدة عليها من دينهم واعتقادهم[٢].

لأنها امرأة بانت من زوجها بالوفاة، فوجب أن تعتد عدة الوفاة، أصله: المسلمة.

ولأن عدة الوفاة من أحكام النكاح الصحيح، فوجب أن تستوي فيه المسلمة والذمية، دليله: [ ][٣] الطلاق، والإيلاء، والنفقة، والسكنى، والقسم[٤].

[١٦١٢/٢٥] **مسألة:** يجوز للمبتوتة والمتوفى عنها أن تخرج من بيتها نهاراً لغير عذر[٥].

خلافاً لأبي حنيفة[٦]، وأحد قولي الشافعي[٧]، [٨].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١١؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ٢٤٨.

(٣) كلمتان أو ثلاث لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٤) فإنه لا فرق بين المسلمة والذمية في ذلك.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٩؛ والمغني ١١/ ٢٩٧.

(٦) رأي الحنفية في هذه المسألة: أنه لا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً أو نهاراً، والمتوفى عنها زوجها: تخرج نهاراً وبعض الليل، ولا تبيت في غير منزلها. انظر: الهداية شرح بداية المبتدى ٢/ ٣١٣؛ وفتح القدير ٤/ ٣٤٣.

(٧) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٩٢.

(٨) مذهب الإمام مالك في هذه المسألة: أنه يلزم المعتدة من الوفاة والطلاق المبيت في بيتها لا تخرج عنه إلا من عذر وأمر لابد لها منه ولا تجد من يقوم لها به، ولا بأس عليها أن تخرج نهاراً في حوائجها في طرفي النهار، والليل عند انتشار الناس في أوله إلى قدر هدوئهم في آخره لا بأس بذلك، ويستحب أن لا تغرب الشمس عليها إلا في بيتها، ولا يجوز لها أن تبيت إلا في منزلها. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٠، والمعونة ٢/ ٩٣١.

لأنها باين، فجاز لها أن تخرج من بيتها بالنهار، أصله: المتوفى عنها زوجها.

ولأن عدة المتوفى عنها أغلظ لطول مدتها، وتحريم الزينة فيهابالإجماع، فإذا جاز الخروج فيها كان ذلك في عدة الطلاق البائن أولى.

[١٦١٣/٢٦] **مسألة**: العدتان من رجلين لا يتداخلان سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين، ويتداخلان إذا كانا من رجل واحد، وصورتها من واحد: أن يطلقها بكل واحد من الطلاقين لو انفرد أوجب عدة، وتقتصر على عدة واحدة، أو يطلقها ثلاثاً ثم يطأها بشبهة فإنهما يتداخلان.

والعدة من اثنين أن يبين الرجل من امرأته فتوطأ في عدتها بنكاح فاسد أو شبهة. ولأن القاضي يفرق بينهما وتكمل عدة الأول لم تعتد من الثاني، وهما من جنس واحد، فإن حملت نظر القافة إلى الولد، فإن ألحقوه بالأول انقضت عدتها به، ثم استأنفت بعد وضعه ثلاثة أقراء للثاني، / فإن ألحقوه بالثاني انقضت عدة [١٠٤:٣] الثاني بوضعه وتمت عدة الأول بعد.

وإن كانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة فعليها عدة الوفاة بالشهور وعدة الوطء بالأقراء، فتكمل عدة الوفاة بالشهور، وتعتد بالأقراء، فلا يقع التداخل بما تراه من الحيض في عدة الوفاة(١).

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله](٢): العدتان يتداخلان سواء كانتا من واحد أو

(١)وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٥٩؛ والمغني ١١/ ٢٣٨؛ والأم ٥/ ٢٤٩.

(٢)ساقط من المخطوط.

اثنين، ومن جنس أو جنسين[١] [٢].

لأنهما حقان مقصودان لآدميين، فوجب إذا اجتمعا أن لا يتداخلان، كما لو جرح رجلاً وقتل آخر، أو أتلف مالاً لرجلين، ولا يلزم عليه الأجلين، لأنهما غير مقصودين، وإنما المقصود الحق الذي يحل بهما، ولا يدخل عليه العبد إذا جنىٰ جنايتين ولم تبلغ قيمته أرشها، لأن الحقين لم يتداخلا، وإنما لم تتسع قيمته لهما، ومعنىٰ التداخل أن تقوم أحد الحقين مقامهما معا، ولا يدخل عليه إذا كان للرجل زوجة فوطئت بشبهة ثم طلقها، لأن العدتين ها هنا تتداخلان، ولا يدخل عليه إذا طلقها ثم طلقها أنهما تتداخلان[٣]، لأن الحق هناك لأدمي واحد، ولا يدخل عليه إذا كانت الجارية بين جماعة فوطئها كل واحد منهم، ثم أرادوا تزويجها، فإنه لا يقتصر علىٰ استبراء واحد، وعليها أن تستبري نفسها من وطء كل واحد منهم علىٰ انفراد، لأن الاستبراء واجب بالوطء لهما بمنزلة العدتين لرجلين، ولا يلزم عليه إذا اشترىٰ جارية ثم باعها قبل أن تنقضي مدة الاستبراء لم تسقط، لأنه قد نص عليه إذا ابتاع أمة واعتقها قبل أن يستبرءها لم يجز له أن يتزوجها قبل الاستبراء، وإن كان ملكه قد زال بالعتق [ ][٤] لم يحل تزوجيها [ ][٥] في عدتها فوطئها

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٠؛ وفتح القدير ٤/ ٣٢٥-٣٢٦.

(٢) روي عن مالك أن العدتين من رجلين تتداخلان. وروي أنهما لا تتداخلان. انظر: بداية المجتهد ٢/ ٩٤.

(٣) انظر المغني ١٠/ ٥٧١.

(٤) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٥) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط، وهذا رسمها: (ك).

ثم أسلما قبل انقضاء عدتها [ ][1] أن النكاح ينفسخ وعليها أن تعتد من الثاني، ويدخل فيها بقية عدتها من الأول، لأنا لا نسلم هذا ولا شبهة أن العدة مقصودة، بدليل أنها تجب مع العلم ببراءة الرحم، وهو إذا قال: إذا ولدت فأنت طالق ثلاثاً. فولدت، وقع الطلاق ووجب عليها أن تعتد مع العلم ببراءة رحمها، ولا شبهة أن الحق فيها للآدمي، بدليل قوله [تعالى][2]: ﴿**إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾[3]. دليله: أن لهم عليهن عدة إذا كان الطلاق بعد الدخول والمسيس.

ولأنه نوع حبس يستحقه الرجال على النساء، فلا يجوز أن تكون المرأة محبوسة لرجلين، أصله: حبس الزوجية في عقد النكاح.

ولا معنى لقولهم: لا يجوز اجتماع نكاحين لرجلين، ويجوز اجتماع عدتين. لأنه لا يجوز اجتماع / العدتين لرجلين في وقت واحد، كما لا يجوز اجتماع [١٤٤] النكاحين لرجلين في وقت واحد.

ولا معنى [لقولهم][4]: إن سبب العدة الثانية يطرأ على العدة الأولى، ولا يطرأ سبب النكاح الثاني على النكاح الأول، لأن الضمان يطرأ على الضمان، والدين يطرأ على الدين، ولا يجب التداخل.

---

(١) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) الأحزاب «٤٩».

(٤) ساقط من المخطوط.

[١٦١٤/٢٧] **مسألة:** إذا نكحت المعتدة ودخل بها الثاني لم تحرم عليه بهذا الوطء[١].

خلافاً لمالك، والثانية: تحرم عليه على التأبيد[٢].

لأنه وطء لو كان (بشبهة)[٣] لم تحرم به على التأبيد، كذلك إذا كان حراماً، كالزنا، يبين صحة هذا: أن الزنا أغلظ، فلما لم يحرم أولى أن لا يحرم الأخف[٤].

[١٦١٥/٢٨] **مسألة:** فإن أراد الثاني أن يعقد عليها لم يجز له العقد إلا بعد انقضاء العدتين، تمام عدة الأول، وكمال العدة منه[٥].

خلافاً للشافعي في قوله: له العقد عليها بعد كمال عدة الأول وقبل الفراغ من عدته[٦].

لما روى في حديث على أنه فرق بينهما وأمرها أن تعتد بما بقى من عدتها

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، وأصح القولين للشافعي. رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٠؛ والمغني ١١/ ٢٣٩؛ ومقنع ابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٨٧؛ والبحر الرائق ٤/ ١٥٥؛ والأم ٥/ ٢٤٩.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٩٩؛ والمغني ١١/ ٢٣٩.

(٣) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٤) يجوز للزاني أن ينكح المزني بها أو غيرها بشرطين، الأول: انقضاء عدتها من بعد الوطء. الثاني: توبتها من الزنى. هذا قول كثير من أهل العلم. انظر المغني ٩/ ٥٦٤.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٠؛ والمغني ١١/ ٢٣٩.

(٦) وبه قال الحنفية، انظر: الأم ٥/ ٢٤٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٢، والبحر الرائق ٤/ ١٥٥.

الأولىٰ، ثم تعتد من هذا عدة مستقبلة، فإذا انقضت عدتها فهي بالخيار إن شاءت نكحت، وإن شاءت فلا[١]. فأباح العقد بعد انقضاء العدتين.

ولأن وطء الثاني يفسد النسب، لأن له [أن][٢] ينفيه، فيجب أن لا يباح له العقد عليها إلا بعد انقضاء العدتين، كما لو كان الوطء من رجلين غيره، فإنه يمنع من العقد حتىٰ تنقضي العدتان.

ولأن الثاني أحد الواطئين، فلم يحل له الوطء قبل إكمال العدتين، كالأول.

[**١٦١٦/٢٩**] **مسألة:** امرأة المفقود تعتد أربع سنين أكثر مدة الحمل وأربعة أشهر وعشرا مدة الوفاة، ثم تحل للأزواج بعد ذلك[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قوله الجديد: إنها لا تباح للأزواج، وتكون زوجته حتىٰ تستبين بعده أو تمضي مدة الغالب في مثلها أن لا يعيش[٤].

لأ(نه)[٥] إجماع الصحابة[٦]، روىٰ ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي في أحد الروايتين، وابن عمر، وابن عباس. فعن عمر أن امرأة فقدت زوجها فأمرها عمر

---

(١) رواه البيهقي في كتاب العدد: باب اجتماع العدتين. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤١. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٠٣.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦١؛ والمغني ١١/ ٢٤٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥٢.

(٤) هذا هو الصحيح عند الشافعية. انظر: المبسوط ١١/ ٣٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٨٦؛ والأم ٥/ ٢٥٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص٢٠٠.

(٥) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله ولعلها ما أثبت.

(٦) انظر المغني ١١/ ٢٤٨-٢٤٩.

أن تربص أربع سنين، ثم أذن لها بعد ذلك أن تتزوج، فتزوجت فجاء زوجها الأول بعد ذلك، فخير بين الصداق وبين امرأته، وأخبره أن الجن الكفار سببه»[١].

وروىٰ سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدري مهلك زوجها أن تؤجل أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة»[٢].

وروىٰ خلاس أن علياً قال في امرأة المفقود تربص أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً وتزوج»[٣].

وروىٰ جابر بن زيد، عن ابن عمر وابن عباس أن امرأة المفقود تربص أربع سنين ثم يطلقها / ولي زوجها ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا»[٤]. [١٤٥]

ولأن هذا فقد الغالب منه الهلاك، فجاز معه تزويج الزوجة، دليله: إذا أتىٰ

---

(١) أثر عمر رواه الإمام مالك في الطلاق: باب عدة التي تفقد زوجها (٥٢) من طريق يحيىٰ بن سعيد، عن سعيد بن المسيب أن عمر. انظر: موطأ مالك ٢/ ٥٧٥؛ والبيهقي في العدد: باب من قال: تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤٥ وطريق البيهقي هو نفس طريق مالك. وهذا الأثر صحيح لأن جميع رواته ثقات.

(٢) رواه البيهقي في العدد: باب من قال: تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل. من طريق محمد بن كثير، عن الأوزاعي، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا . . . فذكره. انظر: السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤٥؛ وفي سنده محمد بن كثير بن مروان الفهري الشامي قال عنه ابن حجر: متروك. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٢٠٣.

(٣) رواه البيهقي في العدد: باب من قال: تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً ثم تحل. قال البيهقي: رواية خلاس عن علي ضعيفة. انظر: السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤٥.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الطلاق: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته وهي مستحاضة، بما تعتد. من طريق عبده بن سليمان عن سعيد، عن جعفر بن أبي وحشية، عن عمرو بن هرم، عن جابر بن زيد. المصنف ٥/ ١٥٩، والبيهقي في العدد: باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤٥.

عليه زمان مثله لا يعيش لمثله، وقد قدره أبوحنيفة بمائة وعشرين سنة[(١)]، ولا يلزم عليه الغيبة التي ليس الغالب منها الهلاك إذا انقطع خبره معها لا تتزوج، لأنه ليس الغالب منه الهلاك وفي مسألتنا الغالب منه الهلاك، لأن المسألة مفروضة فيمن فقد من بين أهله ليلاً، أو يكون في البحر فيكسر بهم البحر ويغرقون ويسلم قوم، ولا يعرف خبره، أو يكون بين الصفين في حرب فيفقد، أو يكون في طريق مكة فيلحقهم شدة ويهلك قوم ويسلم قوم، ولا يعرف خبره.

ولأنه لو كان الخيار ثابتاً لها في الفرقة مع العنة و الإيلاء لم يكن فيها إلا بفقد الوطء دون فقد الخبر والنفقة كان في مسألتنا بفقد كل واحد منهما أولىٰ.

[١٦١٧/٣٠] **مسألة:** المفقود الذي يجوز لزوجته أن تتزوج بعد مدة التربص هو الذي الغالب من حاله الهلاك، مثل أن يفقد في المواضع التي ذكرناها، فأما إن سافر في تجارة إلىٰ بلد فانقطع خبره ولم يعلم أحي أم ميت لم يجز لها أن تتزوج حتىٰ تتيقن الموت، أو يأتي عليه زمان لا يعيش لمثله[(٢)].

خلافاً لمالك، والشافعي في القديم: لا فرق بين أن ينقطع خبره بسبب ظاهره الهلاك أم بغيره في أنها تتربص وتزوج[(٣)].

لأنه ليس معنىً ظاهر يدل علىٰ الموت، فيجب أن يحكم ببقائه، لأن المدة تحتمل البقاء، وكل غائب لم يجز قسمة ماله بين ورثته لم يجز لزوجته أن تتزوج

(١) انظر: ملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٨٦-٣٨٧.

(٢) وبه قال الحنفية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦١؛ والمغني ١١/ ٢٤٨، وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٨٦.

(٣) انظر: الكافي فق فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٧؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٤/ ١٥٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٧٧؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٥٨.

فحكمه كالوفاة، دليله: إذا كان مأسوراً، ولا يلزم عليه إذا كان الغالب على حاله الهلاك لا يجوز قسمة ماله عندنا، ولا يلزم عليه إذا كتب بطلاقها أنه لا يقسم ماله وتتزوج. لقوله: بحكم الوفاة، يبين صحة هذا أن حكم الوفاة التصرف في المال والتزويج، فلما لم يجز التصرف في المال أولى أن لا يجوز في البضع.

[**١٦١٨/٣١**] **مسألة:** لا يفتقر في ضرب المدة واباحتها للأزواج إلى حاكم[١].

خلافاً لمالك، والقول القديم [للشافعي][٢]، والثانية: يفتقر في ذلك إلى حكم الحاكم[٣].

لما روى عن عمر قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنما تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل، وإيقاف مدة التربص والإحلال إليها»[٤].

وكذلك روي عن عثمان أنه قال في امرأة المفقود تربض أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ثم تزوج»[١].

ولأنها جلست مدة التربص في حالة الغالب منها الهلاك، فجاز لها التزويج

---

(١) هذا هو الصواب عند الحنابلة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٢؛ والمغني ١١/ ٢٥١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٨٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ٩٢؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٧؛ وروضة الطالبين الطالبين ٦/ ٣٧٨؛ والمغني ١١/ ٢٥١.

(٤) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

كما لو حكم الحاكم بالفرقة.

ولأنه [لا] [(١)] يحتاج في هذه الفرقة إلىٰ اجتهاد الحاكم، لأن الظاهر من حاله الهلاك، ويفارق زوجة العنين، والمولي، لأن هناك / متداعيين ومتخاصمين [١٤٦] فوقف ذلك علىٰ حكم الحاكم. كسائر الدعاوىٰ والخصومات.

[**١٦١٩/٣٢**] **مسألة**: إذا تزوجت امرأة المفقود بعد التربص، ثم جاء الزوج الأول، فإن كان الثاني لم يدخل بها فنكاحه باطل، وهي زوجة الأول، وإن كان قد دخل بها فالأول بالخيار بين امساكها بالعقد الأول، ودفع الصداق الثاني إليه، وبين تركها علىٰ نكاح الثاني وأخذ الصداق الذي أصدقها منه[(٢)]، [(٣)].

خلافاً لمالك [في قوله][(٤)]: إن كان الثاني دخل بها فهي زوجته، وإن لم يدخل بها فهي زوجة الأول من غير تخير[(٥)] [(٦)].

بناه علىٰ أصله: في نكاح الوليين: أن الثاني باطل، والثاني: نكاح للأول

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٢؛ والمغني ١١/ ٢٥٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٨٣-٢٨٤.

(٣) مذهب الحنفية في هذه المسألة: أنها زوجة للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل. انظر إعلاء السنن ١٣/ ٤٧-٤٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: المدونة ٢/ ٩٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٦٨.

(٦) عن الشافعي قولان، أحدهما: بطلان نكاح الثاني بكل حال. والثاني: بطلان نكاح الأول بكل حال. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٣٨٠-٣٨١.

باطل [١]، ونكاح الثاني صحيح، ولم يفرق بين أن يوجد هناك دخول أو لم يوجد.

فالدلالة على أن قدوم الأول لا يوجب الحكم ببطلان أحد النكاحين بل يكون موقوفاً على ما يوجد من اختياره: ما روى الشعبي قال: سئل عمر عن رجل غاب عن امرأته فبلغها أنه مات، فتزوجت، ثم جاء الزوج الأول، فقال عمر: يخير الزوج الأول بين الصداق، فإن اختار الصداق تركها مع الأخير، وإن شاء اختار امرأته»[٢].

وروى أبوالمليح[٣] أن قوماً ركبوا البحر وأصابهم تيه. فقال أبوالمليح: حدثتني سهية[٤] أن زوجها [٥] أسر في خلافة عثمان، فجاء وقد تزوجت امرأته وأم ولده، فأتينا عثمان وهو محصور فسألناه، فقال: يخير بين امرأته وبين الصداق، وترد عليه أم ولده وأولادها مملوكين. وأتينا علياً بعد قتل عثمان فقال مثله»[٦]. وفي هذا دلالة على أن النكاحين لم يحكم ببطلانهما، لأنهما

---

(١) هكذا بالمخطوط والعبارة غير متضحة.

(٢) رواه البيهقي في العدد: باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره. السنن الكبرى ٧/ ٤٤٦ من طريق يونس بن يزيد، عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب عن عمر. وهذا الإسناد صحيح فجميع رواته ثقات.

(٣) هو أبو المليح بن أسامة الهذلي تابعي ثقة. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٤٧٦.

(٤) هي سهية بنت عمير الشيبانية. انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٤٤٧. ولم أقف لها على ترجمة.

(٥) هو صيفي بن قتيل. انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٤٤٧؛ ولم أقف له على ترجمة له.

(٦) رواه البيهقي في العدد: باب من قال بتخييز المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره. السنن الكبرى ٧/ ٤٤٧. من طريق عبيد بن محمد بن مهدي الصيدلاني، عن أبي العباس محمد بن يعقوب، عن يحيى بن أبي طالب، عن عبدالوهاب بن عطاء، عن سعيد، عن قتادة، عن أبي المليح الهذلي أنه سأل سهية بنت عمير الشيباني.

أثبتنا له الخيار، والخيار لا يكون مع بطلان النكاح، وفيه دلالة على دفع الصداق إذا اختارها، والمطالبة بأخذه إذا اختار تركها [ ][١] حكمنا بالفرقة بالعقد من طريق الاجتهاد، فلو قلنا: إذا قدم انفسخ نكاح الثاني. كان فيه نقض لما حكمنا به بضرب من الاجتهاد إذ ليس معنا [ ][٢] يقتضي أن قدومه يفسخ نكاح الثاني، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وإنما أثبتنا للأول فسخ نكاح الثاني، لأن كل واحد منهما قد تعلق حقه بهذا البضع إلا أن حق الأول أسبق، ولأن الأول مختاراً للفسخ والثاني مختار للإمضاء فقدمنا الفسخ كما لو كان الممتنع بشرط الخيار لكل واحد منهما، فاختار أحدهما الفسخ، والآخر الإمضاء، قدمنا خيار الفسخ كذلك ها هنا، وإنما أوجبنا التراجع بالصداق، لأنه اختار تركها على نكاح الثاني، فقد فوت الأول حقه من البضع، فهو كالمرضعة الكبيرة للصغيرة[٣]، وشهادة الشهود بالطلاق[٤]، وكذلك إن اختار أحدهما غرم للثاني الصداق، لأنه يفوته حقا من البضع، لأنا قد بينا أن النكاح لا يبطل بقدوم / الثاني.

[١٦٢٠/٣٣] **مسألة:** ويقسم مال المفقود بين ورثته في الوقت الذي يجوز لها

---

(١) كلمات لم تتضح من المخطوط من جراء تآكله.

(٢) كلمات لم تتضح من المخطوط من جراء تآكله.

(٣) أي الزوجة الكبيرة أرضعت الزوجة الصغيرة، فبطل نكاح الصغيرة، ويرجع على الكبيرة بصداق الصغيرة.

(٤) أي أن الشاهدين إذا شهدا على رجل بأنه طلق زوجته طلاقاً بائناً، ثم تزوجت ورجعا عن شهدتهما فإنهما يغرمان صداقها له.

التصرف في بضعها[١].

خلافاً لمالك في قوله: لا يقسم ماله[٢].

لأن كل حالة جاز للزوجة فيها أن تتزوج بسبب الموت في الظاهر جاز أن يقسم ماله، دليله: حال الموت بالبينة، يؤكد هذا أن حالة الزوجية أضيق، لأنه إباحة فرج، والفروج يحتاط لها، ثم ثبت جواز التزويج للزوجات، فقسمة ماله أولىٰ.

[١٦٢١/٣٤] **مسألة:** إذا مات المَوْلَىٰ عن أم ولده، أو أعتقها فعدتها حيضة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عدتها ثلاث حيض[٤].

لأنه استبراء يجب بعد زوال الملك عن الرقبة، فكان مقصوراً علىٰ حيضة. أو نقول: فلم يشترط فيه العدد، دليله: الأمة المشتراة، والمسبية.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك الاستبراء لا يحرم عقد النكاح، ولا يمنع منه، وليس كذلك استبراء أم الولد، لأنه يحرم عقد النكاح ويمنع منه. لأنا لا نسلم علة الأصل، لأنه يحرم عقد النكاح كمسألتنا، وهي مسألة تأتي فيما بعد.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه استبراء أمة لاستحداث الملك، وهذا يجب لزوال الفراش.

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٢؛ والمغني ١١/ ٢٥٩، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٣٢.

(٢) وهو قول الشافعي في الجديد. انظر: المدونة ٢/ ٩٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥٢، وروضة الطالبين ٦/ ٣٧٧-٣٧٨.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٣؛ والمغني ١١/ ٢٦٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٨؛ والأم ٥/ ٢٣٣.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٩؛ وفتح القدير ٤/ ٣٢١.

لأنا لا نسلم أنه يجب لزوال الفراش، وإنما وجب بالوطء السابق، وزوال الفراش شرط فيه، يبين صحة هذا: أنه لو تزوج بامرأة وطئها قبل الدخول بها لم تجب عليها العدة، وقد زال الفراش، لأنها صارت فراشاً بالعقد، ومع هذا لا تجب العدة بزواله لعدم الوطء.

[**١٦٢٢/٣٥] مسألة:** إذا وطء أمته ثم أراد تزويجها لم يجز حتىٰ يستبرئها بحيضة، وكذلك لو أعتقها فأرادت أن تتزوج لم يجز حتىٰ تستبري نفسها بحيضة، وكذلك إذا ابتاع أمة فأراد تزوجيها لم يجز له قبل أن يستبرئها، وكذلك إن أعتقها فأراد تزوجيها، أو أراد هو أن يتزوجها قبل الاستبراء لم يجز ذلك، وكذلك إذا أراد أن يزوج أم ولده لم يجز حتىٰ يستبرئها، وكذلك لو أعقتها لم يجز لها أن تتزوج من قبل أن تستبرئ نفسها بحيضة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز التزويج في جميع ذلك من غير استبراء إلا في أم الولد إذا أعتقها وأراد تزويجها بإذنها فأنه لا يجوز حتىٰ تعتد بثلاثة أقراء[٢].

لأنه وطء لم يجز لغير الواطي أن يتزوج بها من غير استبراء، دليله: إذا وطئها في نكاح فاسد، ولا يلزم عليه وطء الزنا، فإنه لا يجوز لغير الواطي، ولا للواطي أن يتزوج بها من غير استبراء عندنا.

[**١٦٢٣/٣٦] مسألة:** إذا كاتب أمته فعجزت، أو زوجها فطلقت قبل الدخول، أو ارتدت هي، أو سيدها، أو هما، ثم رجعا إلىٰ الإسلام حل له

(١) وبه قال المالكية، والشافعي. انظر: المغني ١١/ ٢٧٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٩٥؛ و الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٦؛ والأم ٥/ ٢٣٤.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ١/ ٢٨٠.

وطؤها من غير استبراء[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: من شرط الإباحة الاستبراء[٢].

لأن المكاتبة باقية على ملك مولاها، بدليل: ما روي عن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد مابقى عليه درهم»[٣].

ولأنه إذا مات وقد (زوجها نفسه)[٤] برضاها ورثته وانفسخ نكاحها، / فلولا [١٤٨] أنه ملك من لايجري فيه الإرث لم ينفسخ النكاح، وإذا كان كذلك فلم يتجدد عليها ملك، فلم يجب الاستبراء، كما لو لم يكاتبها.

وإن شئت قلت: عقد لا يزيل الملك، وإنما يرفع اليد، فلا يوجب الاستبراء، كالإجارة.

[١٦٢٤/٣٧] **مسألة:** يبقى الولد في بطن أمه أربع سنين، ويفيد هذا أنه يلحق بالزوج المطلق في هذه المدة[٥].

---

(١) وهو أحد قولي المالكية وبه قال الشافعي. انظر: المغني ١١/ ٢٦٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٢٩٤-٢٩٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة ١/ ٥٢٧؛ والأم ٥/ ٢٣٣-٢٣٤.

(٢) رأي الحنفية في هذه المسألة: أن الاستبراء غير واجب. انظر: فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ١/ ٥٧٢.

(٣) رواه أبوداود في العتق: باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٦) ٤/ ١٩، والبيهقي في المكاتب: باب المكاتب عبد ما بقى عليه درهم. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٣٢٤. الجميع من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعا. وقد حسن هذا الحديث الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ١١٩.

(٤) في المخطوط (زوجه) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٥) هذا ظاهر المذهب. وبه قال الشافعية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٣؛ والمغني ١١/ ٢٣٢، ومغني المحتاج ٣/ ٣٩٠

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يبقىٰ سنتين[١]، [٢].

لأن مدة الحمل ليست شرعية، لأنها كانت قبل ورود الشرع، وإنما ورد الشرع بتعليق الأحكام عليها، وما ورد الشرع به مطلقاً ولا حدد له في الشريعة ولا في اللغة، فإن المرجع فيه إلىٰ العرف والعادة، كالأحراز، والقبوض، والنذور، وقد روي عن مالك أنه قيل له إن عائشة [قالت][٣]: أكثر الحمل سنتان. فقال: من أين يروىٰ هذا؟ امرأة عجلان من جيراننا حملت بثلاثة بطون فيبقىٰ الحمل في بطنها كل دفعة أربع سنين.

وقد قال أحمد إن نساء بني عجلان يحملن إلىٰ أربع سنين[٤].

وروي أن منظور بن (زبان)[٥] الفزاري حملته أمه أربع سنين، وسمىٰ منظوراً لأ[نه][٦] انتظر واحتبس أربع سنين.

ومحمد بن عبدالله بن الحسن بن (الحسن)[٧] بن علي بن أبي طالب حملته أمه أربع سنين، وهو الذي سمي النفس الزكية، وخرج علىٰ المنصور في المدينة وقتل.

وإبراهيم بن نجيح العقيلي من ولد مالك بن حوته حملته أمه أربع سنين.

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٦؛ وفتح القدير ٤/ ٣٦٢؛ والمغني ١١/ ٢٣٢.

(٢) أكثر مدة الحمل عند المالكية خمس سنوات. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٧.

(٣) في المخطوط (قال).

(٤) انظر: المغني ١١/ ٢٣٢.

(٥) في المخطوط: (زياد) والتصحيح من الإصابة ٣/ ٤٦٢.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) في المخطوط (الحسين) والصحيح ما أثبت. انظر: الطبقات الكبرىٰ لابن سعد ٤٣٨ / ٥؛ وتقريب التهذيب ٢/ ١٧٦.

ولأن الحولين مدة الحمل بإجماع[١]، فجاز أن يضاف إليها مثلها، كالحول.

[١٦٢٥/٣٨] **مسألة:** إذا مات الرجل عن امرأته، فأتت بولد في مدة الحمل فقال الورثة: لم تلد به. ثبت نسبه بشهادة امرأة واحدة على الولادة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يثبت نسبه حتى يشهد على الولادة رجلان، أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون قد أقر بالحمل، أو كان الحبل ظاهراً، فتقبل شهادة امرأة واحدة على الولادة، ويثبت نسبه من الميت، والمطلق[٣]، [٤].

لأن الرجل والورثة إنما ينكرون الولادة، وعندنا وعند أبي حنيفة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة، وإذا ثبتت الولادة بشهادتها ثبت نسب الولد من الرجل، كما لو كان الفراش قائما، أو أقر بالحمل، أو كان ظاهراً.

[١٦٢٦/٣٩] **مسألة:** إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً وهي أمة، ثم أعتقت وهي في العدة انتقلت عدتها إلى عدة الحرة[٥].

---

(١) هذا باتفاق العلماء على أنه أكثر مدة الحمل، ولم أجد من قال إن أكثر مدة الحمل أقل من ذلك، ثم إنهم اختلفوا فيما زاد على الحولين. انظر: المغني ١١/ ٢٣٢.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٥؛ وفتح القدير ٤/ ٣٥٦.

(٤) مذهب المالكية في هذه المسألة: أن النسب يثبت بشهادة امرأتين على الولادة. وأما الشافعية فقالوا: إن النسب يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، أو أربع نسوة. انظر عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٥٤، والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧١.

(٥) وبه قال أبو حنيفة، وأحد القولين للشافعي، ورجحه النووي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٤؛ والمغني ١١/ ٢١٢-٢١٣، والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٩؛ وفتح القدير ٤/ ٣١٦-٣١٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٤٣.

خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي: لا تنتقل[١].

لأن الرجعية زوجة، بدلالة أنه يلحقها ظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، ويتوارثان، وإذا كان كذلك وجب أن يفيد العتق عدة الحرائر، كما لو أعتقت قبل الطلاق.

ولأن العتق له تأثير في تعين المدة كالموت، واتفقوا أنه لو طلقها طلاقاً رجعياً، ثم مات عنها انتقلت عدتها إلى عدة الوفاة[٢]، كذلك إذا أعتقت يجب أن تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر.

[**١٦٢٧/٤٠**] **مسألة:** فإن طلقها طلاقاً بائناً، ثم أعتقت لم تنتقل عدتها[٣].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: تنتقل[٤].

لأن العدة وجبت عليها بعد زوال الملك، وليست بدلاً من غيرها، فلم يجز أن تنتقل، كما لو طلقها [طلاقاً][٥] بائناً، ثم مات عنها لم تنتقل عدتها، ولا يلزم عليه / الصغيرة إذا طلقها زوجها طلاقاً بائناً، فاعتدت شهراً، ثم حاضت أن عدتها [١٤٩] تنتقل إلى الحيض[٦]، لأن الشهور بدل (عن)[٧] الحيض، فإذا وجد المبدل بطل

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٧ـ٥١٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٣.

(٢) انظر المغني ١١/ ٢٢٥.

(٣) وبه قال الحنفية، ومالك، وأظهر القولين للشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٤؛ والمغني ١١/ ٢١٢ـ٢١٣؛ الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٠٩؛ وفتح القدير ٤/ ٣١٦ـ٣١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥١٧ـ٥١٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٤٣.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٤٣.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر المغني ١١/ ٢٢٠.

(٧) في المخطوط (على).

حكم البدل، وعدة الأمة ليست بدلاً عن عدة الحرة، كما أن عدة الطلاق ليست بدلاً عن عدة الوفاة، فإذا لم تنتقل إحداهما في الطلاق البائن، كذلك الأخرىٰ، ولا يلزم عليه المبتوتة في المرض إذا ورثت أنها تعتد أبعد الأجلين(١)، لأن عدتها لم تنتقل عندنا، وإنما ضممنا إليها عدة أخرىٰ، وعندهما أن العدة ها هنا كملت أن يكونوا ضموا إليها عدة فلا، لأن العدة لا تكون حيضة واحدة في النكاح.

ولا معنىٰ لقولهم: إن سبب عدة الوفاة الزوجية، وذلك لا يوجد في البائن، وسبب كمال العدة وجود الحرية، وهذا موجود ها هنا. لأن سبب كمال العدة الحرية مع قيام النكاح، فأما مع زواله فلا، بدلالة المعتقة بعد انقضاء العدة.

[١٦٢٨/٤١] **مسألة:** إذا طلق [العبد](٢) امرأته وهي أمة تطليقة رجعية، ثم أعتقت في العدة فاختارت المقام عنده بطل خيارها، ولم يكن لها أن تختار نفسها بعد ذلك(٣).

خلافاً للشافعي في قوله: لا حكم لاختيارها للزوج، ولها أن تعود فتحمل نفسها(٤).

لأن كل امرأة جاز لها أن تختار نفسها أو زوجها، فإنها إذا اختارت زوجها لم يكن لها أن تعود فتختار نفسها، كما لو أعتقت قبل الطلاق فاختارت(٥) زوجها،

---

(١) انظر المغني ١١/ ٢٢٥.

(٢) ساقط من المخطوط. انظر: المغني ١١/ ٢١٤.

(٣) وبه قال المالكية، انظر: المغني ١١/ ٢١٤، وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٨٠.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٢٤٣.

(٥) في المخطوط (فاختارت فاختارت).

وكما لو قال لها اختاري نفسك. فقالت: اخترتك.

[**١٦٢٩/٤٢**] **مسألة:** إذا اسقطت مضغة لم تخلق لم تنقض بها العدة، ولم تصر بها أم ولد[١].

خلافاً للشافعي، والثانية: إذا ذكر عدول من القوابل إن هذا لا يكون إلا من خلق آدمي حكمنا بانقضاء العد[ة][٢]. [٣]

لأنه لم يستبن فيه خلق آدمي، فوجب أن لا تنقضي به العد[ة][٥]، كما لو ألقت ميتاً، ولو جاز الرجوع إليهم في العلقة[٤] والمضغة جاز الرجوع في المني.

ولأن النساء إنما خبرن عما شاهدنه، وهن لم يشاهدن خلق الولد في الرحم حتى يُحكم على نظيره، وإذا لم يكن لهن طريق إلى العلم بذلك لم يقبل قولهن.

[**١٦٣٠/٤٣**] **مسألة:** تصدق المرأة في انقضاء عدتها في ثلاثة وثلاثين يوماً ولحظة، ويعتبر أقل الحيض، وهو يوم، وأقل الطهر المجمع عليه، وهو خمسة عشر يوما[٥].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٥؛ والمغني ١١/ ٢٣٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٢٧٠؛ والبحر الرائق ٤/ ١٤٧.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال مالك. انظر: الأم ٥/ ٢٣٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣٥٢؛ والمغني ١١/ ٢٣٠؛ والكافي في فقه المدينة المالكي ١/ ٥١٦.

(٤) العلقة: المني ينتقل بعد طوره فيصير دماً غليظاً متجمداً، ثم ينتقل طوراً آخر فيصير لحماً، وهو المضغة. انظر المصباح المنير، مادة «علق».

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تصدق في أقل من شهرين. فاعتبر أكثر الحيض، وهو عشرة عنده، وأقل الطهر، وهو خمسة عشر يوما[١].

وقال الشافعي: تصدق في اثنين وثلاثين يوماً ولحظة[٢]، [٣].

بناء على أصله وأن الأقراء الأطهار، فاعتبر أقل الحيض وهو يوم، وأقل الطهر عنده، وهو خمسة عشر يوما.

وهكذا يخرج على الرواية التي تقول الأقراء الأطهار.

لأن زمان العدة حيض وطهر، فلما اعتبر أقل زمان الطهر وجب أن يعتبر أقل زمان الحيض.

ولا معنى لقولهم: أنها تجيء خلاف الظاهر، لأن الغالب من زمان الحيض / [١٥٠] ستة أيام وسبعة، فإذا ادعت انقضاء عدتها في إحدى وخمسين يوماً كان يجب أن تصدق فيها. لأن الظاهر يشهد لها، وهو لا يقبل قولها.

[١٦٣١/٤٤] **مسألة:** فإن أخبرت بانقضاء عدتها في تسعة وعشرين يوماً ولحظة، وأقامت على ذلك بينة، وهو أن تشهد لها امرأة بأنها حاضت ثلاث حيض في تسعة وعشرين يوماً ولحظة قبلت البينة، وحكمنا بانقضاء عدتها، ولا

---

(١) انظر: فتح القدير ٤/ ١٨٧؛ والبحر الرائق ٤/ ٥٩.

(٢) انظر: تكملة المجموع ١٨/ ١٣٥.

(٣) ذهب المالكية في هذه المسألة: أنها تصدق فيما يمكن مثله في العادة، فقيل: خمسة وأربعون، وقيل: أربعون. انظر: المعونة ٢/ ٩١٤.

نقبل مجرد دعواها[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا تسمع هذه البينة، ولا تنقضي عدتها في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظة[٢].

والكلام في هذا في فصلين: أحدهما: أن الحيض مما يمكن إقامة البينة عليه.

والثاني: أن أقل الطهر ثلاثة عشر.

والدلالة على أنه يمكن إقامة البينة عليه: ما احتج به أحمد من حديث وكيع [عن إسماعيل] [٣] بن أبي خالد، عن عامر قال: جاءت امرأة إلى علي قد طلقها زوجها، فزعمت أنها حاضت في شهر ثلاث حيض طهرت عند كل قرء وصلت. فقال علي لشريح: قل فيها. فقال شريح: إن جاءت ببينة من بطانة أهلها ممن يرضى دينه وأمانته يشهدون أنها حاضت في شهر ثلاث [حيض] [٤] وطهرت عند كل قرء وصلت [فهي صادقة][٥] وإلا هي كاذبة. قال علي: قالون بالرومية. يعني: جيد»[٦]. فقد اعتبر إقامة البينة في ذلك، ولم ينقل عن أحد خلافه.

ولأن ذلك مما يمكن، وهو أن يشهد من له خبرة باطنة بها أنهم شاهدوها تنزل

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٥.

(٢) انظر: تكملة المجموع ١٨/ ١٣٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) رواه ابن أبي شيبة في الطلاق: من قال أؤتمنت المرأة على فرجها ٥/ ٢٨٢؛ وسند ابن أبي شيبة هو السند الذي ذكره المؤلف، وهو إسناد صحيح، فجميع رواته ثقات.

للصلاة في هذه المدة في ثلاثة أقراء وتصلي وتصوم في بقيته، لأن ترك الصلاة امارة على الحيض، وفعلها أمارة على انقضائها، كما مثلنا في الإفلاس[١]، وفي الجرح والتعديل بشهادة من له خبرة باطنة[٢].

ولأنه يمكن هذا على وجه آخر وهو أن تستبرأ بالقطن من الحيض والطهر، وقد فعلوا مثل هذا، إذ قال لها: إذا حضت حيضة فصاحبتك طالق. فقالت: قد حضت. كلفت شهادة (أربع)[٣] من النساء.

والدلالة على أن أقل الطهر ثلاثة عشر ما تقدم من حديث علي، وأنه حكم بانقضاء عدتها في هذه المدة، ولا يمكن حمله إلا على الوجه الذي ذكرنا، ولا يعرف له مخالف، فإن قيل: يحتمل أن يكون من مذهب علي أن أقل الحيض ساعة، وبين الحيضتين خمسة عشر. قيل: مذهب عليٌّ [أن][٤] أقل الحيض يوماً، وهذا محكى عنه في أقل الحيض وأكثره.

ولأنه انضم إلى العشرة عدد يقع عليه اسم الجمع على الإطلاق، فكان طهراً صحيحاً، دليله: الخمسة عشر.

---

(١) وهو أن يدعي المدين أنه معسر، ولا يصدقه الدائن، فيشهد من له خبرة باطنة بالمدين بأنه معسر، فتقبل شهادته. انظر: المغني ٦/ ٥٨٦.

(٢) وهو أن يشهد عند القاضي مجهول الحال، فلا تقبل شهادته إلا إذا عدله شخصان ممن يعرفه معرفة تامة متقادمة بأنه ثقة عدل مرضي الشهادة، وأما الجرح فلا يشترط له الخبرة الباطنة. انظر المغني ١٤/ ٤٨-٤٩.

(٣) في المخطوط (أربعة).

(٤) ما بين المعكوفتين لم يذكر بالمخطوط.

ولأن زمان العدة حيض وطهر، ثم ثبت أن زمان الحيض يصح أن يكون مختلفاً في مقداره، وهو اليوم والليلة، كذلك زمان الطهر يجب أن يصح أن يكون مختلفاً في مقداره، وعندهم أن زمان الطهر يجب أن يكون متفقاً عليه، فإن قيل: أكثر الحيض مقدر، وأكثر الطهر لا يتقدر، فدل على الفرق بينهما. قيل: إنما اختلفنا من هذا الوجه، لأن أكثره مبني / على عادة المرأة، فقد يكون حيضها [١٥١] يوماً، فيكون طهرها تسعة وعشرين يوماً، وقد يكون حيضها ستة، أو سبعة [أيام][1]، فيكون طهرها ثلاثة وعشرين يوماً، وأكثر الحيض غير مبني على الطهر، فاختلفا لهذا المعنى.

(١) ما بين المعكوفتين لم يذكر بالمخطوط.

كتاب الرضاع [١]

[١٦٣٢/١] **مسألة:** لا يثبت تحريم الرضاع بأقل من خمس رضعات[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية: يثبت برضعة واحدة[٣].

وخلافاً لداود، والثالثة: يثبت بثلاث[٤].

لما روى عبدالله بن الزبير، عن النبي ﷺ قال: «لا تحرم من الرضاعة المصة والمصتان»[٥]، وفي حديث آخر روته أم الفضل: «لا تحرم الأملاجة ولا الأملاجتان» أو قال: «الرضعة والرضعتان»[٦].

ولأنه رضاع يعرى عن عدد، فوجب أن لا يثبت التحريم قياساً على اللبن المشوب بالماء إذا كان الماء غالبا.

ولا معنى لقولهم: إن الماء قد سلب قوته، وهذا قوته باقية. لأن علة الأصل

---

(١) الرضاع: مصدر رضع يرضع رضاعاً، ورضاعة ـ بفتح الراء وكسرها ـ وهو اسم لمص الثدي. انظر: المصباح المنير، مادة «رضع»، والدر النقي ٣/٦٩٨.

وشرعاً: مص لبن ثاب من حمل من ثدي امرأة، أو شربه ونحوه. انظر: المبدع ٨/ ١٦٠.

(٢) هذا ظاهر المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠١٩؛ والمغني ١١/ ٣١٠؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٨٦؛ والأم ٥/ ٢٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٣؛ وفتح القدير ٣/ ٤٣٨؛ والمدونة ٢/ ٢٨٨؛ والمغني ١١/ ٣١٠.

(٤) انظر: المحلى ١٠/ ١٠؛ والمغني ١١/ ٣١٠.

(٥) رواه مسلم في الرضاع: باب في المصة والمصتان (١٤٥٠) (١٧) ٢/ ١٠٧٣.

(٦) رواه مسلم في الرضاع: باب في المصة والمصتان (١٤٥١) (١٨)، (٢٠) ٢/ ١٠٧٤.

تبطل إذا (خالطه)[1] ذو أكثر وغلب عليه، فإنه يسلبه قوته، ومن هنا يحرم، وعلة الفرع تبطل به إذا (خالطه)[2] الطعام، فإنه لا يحرم عنده، وإن كانت قوته ظاهرة، وهو ظاهر فيه.

[١٦٣٣/٢] **مسألة:** مدة الرضاع حولان[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: مدتها ثلاثون شهراً[4]. [5]

لما روىٰ ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»[6].

ولأن السنة الثالثة لا يحرم الرضاع آخرها، فوجب أن لا يحرم في أولها قياساً علىٰ السنة الرابعة، وعكسه السنة الأولىٰ والثانية.

---

(١) في المخطوط (خاطه).

(٢) في المخطوط (خاطه).

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٦؛ والمغني ١١/ ٣١٩؛ والأم ٥/ ٢٨.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٣؛ وفتح القدير ٣/ ٤٤١.

(٥) روي عن الإمام مالك أن مدة الرضاع سنتان وأيام يسيرة بعدهما. انظر: شرح الزرقاني علىٰ موطأ مالك ٢/ ٢٤١.

(٦) رواه الدارقطني في الرضاع (١٠) من طريق الهيثم بن جميل، ثنا سفيان، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس مرفوعا. قال الدارقطني لم يسنده عن ابن عيينة غير الهيثم بن جميل، وهو ثقة حافظ. سنن الدارقطني ٤/ ١٧٤، والبيهقي في الرضاع: باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين. رواه من طريقين أحدهما مرفوع وهو الطريق الذي ذكره الدارقطني. والثاني موقوف من طريق سعيد بن منصور، عن سفيان، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس موقوفا. قال البيهقي والصحيح أنه موقوف. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٦٢؛ ومالك في الموطأ في الرضاع: باب رضاعة الصغير، (٤) من طريق ثور بن زيد الدبلي، عن ابن عباس موقوفاً. موطأ مالك ٢/ ٦٠٢، وعبدالرازق في مصنفه: باب لا رضاع بعد الفطام (١٣٩٠٣) من طريق ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس موقوفاً. المصنف ٧/ ٤٦٥، وابن عدي في الكامل ٧/ ٢٥٦٢ موقوفاً. قال ابن عبدالهادي: الصحيح وقفه علىٰ ابن عباس. انظر: المحرر ٢/ ٥٩٣، وقال أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي: الصحيح وقفه علىٰ ابن عباس. انظر: التعليق المغني علىٰ الدارقطني بذيل سنن الدارقطني ٤/ ١٧٤.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه ليس من حيث لم يتعلق بآخره يجب أن لا يتعلق بأوله كعدة المتوفىٰ عنها زوجها لا تتعلق بآخر الشهر الخامس، وتتعلق بأوله. لأن الأحكام المتعلقة بالأحوال لا كسر فيها ويستوي أول السنة وآخرها، يدل عليه الزكاة، والحرية، وحمل العقل، ومدة الحمل لما تعلق ذلك بالحول لم يعتبر فيه انضمام كسر إليه، ويفارق العدة، لأنها متعلقة بالأشهر فجاز أن يعتبر فيها كسر علىٰ أن الكسر في عدة الوفاة حكمه حكم العدة في اجتناب الزينة والطيب، والحبس عن الأزواج، فلو كان الكسر الذي في الرضاع لكان في حكم وجوب استحقاق أجرة رضاع الأم، كما يستحق الحولين.

[**٣/١٦٣٤**] **مسألة:** يتعلق تحريم الرضاع بالوجور والسعوط[(١)]. [(٢)]

خلافاً لداود، والثانية: لا يتعلق به التحريم، وإنما يتعلق بالارتضاع من الثدي[(٣)].

لقول النبي ﷺ: «الرضاعة من المجاعة»[(٤)]. وقوله ﷺ: «الرضاع ما أنبت

(١) الوجور: أن يصب اللبن في حلقة من غير الثدي، والسعوط: أن يصب في أنفه اللبن من إناء وغيره. انظر: حاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٣٠٠.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٧؛ والمقنع لابن البنا/ ١٠١٩-١٠٢٠؛ والمغني ١١/ ٣١٣؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٨٧؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٣٠٠؛ والمبسوط ٥/ ١٣٥؛ والمدونة ٢/ ٢٨٨؛ والأم ٥/ ٢٩.

(٣) انظر: المحلىٰ ١٠/ ٧؛ والمغني ١١/ ٣١٣.

(٤) رواه البخاري في النكاح: باب من قال: لا رضاع بعد الحولين (٥٠١٢) ٣/ ٣٦٣، ومسلم في الرضاع: باب إنما الرضاعة من المجاعة (١٤٥٥) (٣٢) ٢/ ١٠٧٨. الجميع من طريق عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها.

العظم وأنشر اللحم»[١]. وهذه المعاني توجد في الوجور والسعوط كما توجد في الرضاع.

[١٦٣٥/٤] **مسألة:** الحقنة باللبن لا تحرم[٢].

خلافاً للشافعي في أحد القولين[٣].

لأنه [لا][٤] يقوم به بدن الصبي، ولا يقع به التقدير في العادة، أشبه (ما لو)[٥] حقن بلبن ميتة.

وإن شئت قلت: وصل اللبن بجهة لا / يتغذى بها في العادة، أشبه رضاع [١٥٢] الكبير[٦]، وإذا قطر في إحليله، وفي العين، وقد نبه النبي ﷺ على هذا المعنى

---

(١) رواه أبوداود في النكاح: باب في رضاعة الكبير (٢٠٥٩) ٢/ ٢٢٩، والبيهقي في الرضاع: باب رضاع الكبير. السنن الكبرى ٧/ ٤٦١. الجميع من طريق عبدالسلام بن مطهر، ثنا سليمان بن المغيرة، عن أبي موسى الهلالي، عن أبيه، عن ابن لعبدالله بن مسعود، عن عبدالله بن مسعود مرفوعا. قال الألباني: الحديث ضعيف لتسلسله بالمجاهيل: ابن عبدالله بن مسعود فإنه لم يسمَّ، وأبوموسى وأبوه مجهولان. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٢٣-٢٢٤، وهذا الحديث في سنن أبي داود وسنن البيهقي بلفظ «لارضاع إلا ماشد العظم وأنبت اللحم» وفي لفظ «وأنشر العظم».

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية، ورجحه النووي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٨؛ والمغني ١١/ ٣١٥: والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٥؛ وفتح القدير ٣/ ٤٥٥؛ والمدونة ٢/ ٢٨٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٢٢.

(٣) انظر: الأم ٥/ ٣١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٤.

(٤) زيادة من المحقق لاتمام المعنى.

(٥) في المخطوط (إلى) وما أثبت هو الصحيح.

(٦) وذلك لأن الكبير لا يتغذى بذلك.

بقوله: «الرضاعة من المجاعة»[١]. «والرضاع ما فتق الأمعاء»[٢]، «والرضاع ما أنبت اللحم»[٣]. وهذا كله لا يحصل بالحقنة، ويفارق هذا: إذا احتقن بالخمر أنه يحد، لأنه يجب بهتك الحرمة (وهذا)[٤] موجود في الحقنة، يبين صحة هذا: لو شربها ناسياً لا حد عليه، لأنه لم يهتك الحرمة، ولو أرضعته ناسية ثبت حكم الرضاع، لأن التغذي يحصل به، ولأن تحريمها أغلظ، (لا)[٥] يعتبر فيه الحولان، واللبن يعتبر فيه الحولان.

[١٦٣٦/٥] **مسألة:** إذا شيب اللبن بغيره من طعام، أو شراب، أو دواء، أو ماء وسُقَي به الصبي تعلق به التحريم سواء كان اللبن مغلوباً أو غالباً[٦].

---

(١) رواه البخاري في النكاح: باب من قال: لا رضاع بعد الحولين (٥٠١٢) ٣/ ٣٦٣، ومسلم في الرضاع: باب إنما الرضاعة من المجاعة (١٤٥٥) (٣٢) ٢/ ١٠٧٨. الجميع من طريق عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها.

(٢) رواه الترمذي في الرضاع: باب ماجاء ماذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين (١١٥٢) سنن الترمذي ٢/ ٤٤٩، وابن ماجه في النكاح: باب لا رضاع بعد فصال (١٩٤٦) سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٦. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». أ. هـ.

(٣)اه أبوداود في النكاح: باب في رضاعة الكبير (٢٠٥٩) ٢/ ٢٢٩، والبيهقي في الرضاع: باب رضاع الكبير. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٦١. الجميع من طريق عبدالسلام بن مطهر، ثنا سليمان بن المغيرة، عن أبي موسىٰ الهلالي، عن أبيه، عن ابن لعبدالله بن مسعود، عن عبدالله بن مسعود مرفوعا. قال الألباني: الحديث ضعيف لتسلسله بالمجاهيل: ابن عبدالله بن مسعود فإنه لم يسمَّ، وأبوموسىٰ وأبوه مجهولان. انظر: إرواه الغليل ٧/ ٢٢٣-٢٢٤، وهذا الحديث في سنن أبي داود وسنن البيهقي بلفظ «لارضاع إلا ماشد العظم وأنبت اللحم» وفي لفظ «وأنشر العظم».

(٤) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبت.

(٥) في المخطوط (لأنه) ويظهر لي صحة ما أثبت.

(٦) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٢٠؛ والمغني ١١/ ٣١٥؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٨٨-٥٨٩؛ والأم ٥/ ٣١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٤٠.

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][١]: إن كان اللبن مغلوباً مستهلكاً لم يتعلق به التحريم[٢].

لأنه وصل اللبن المحرم إلىٰ محله في وقته بعدده، فوجب أن تثبت الحرمة، أصله: إذا لم يخلط به غيره.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه يحصل به التغذي، وهاهنا لا يحصل. لأن علة الأصل تبطل إذا خالطه الطعام، فإنه لا يحرم عندهم، وإن كان اللبن ظاهراً يحصل به التغذي، وعلة الفرع تبطل إذا خالطه الدواء وغلب عليه، فإنه يحرم عنده وإن لم يحصل به التغذي، علىٰ أن الاعتبار بوصوله إلىٰ محل اللبن دون الغذاء.

ولأنه لبن ينشر الحرمة بانفراده، فإذا خالطه غيره لم يسلبه ذلك، كما إذا خالطه ولم يغلب عليه.

ولا معنىٰ لقولهم: إن النجاسة لو غلبت علىٰ الماء نجسته، ولو غلب الماء عليها لم (تنجسه)[٣]. لأنا لا نسلم ذلك، لأن ما دون القلتين إذا غلب الماء عليها نجس.

ولأن الرضاع معنىٰ يوجب تحريم النكاح، كالوطء[٤]، فإذا اجتمع في الوطء ما يحرم وما يبيح وجب تغليب التحريم، كالأمة بين الشريكين، كذلك اللبن إذا شيب فقد اجتمع فيه ما يحرم وما يبيح فغلب التحريم.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٤؛ وفتح القدير ٣/ ٤٥١؛ والمدونة ٢/ ٢٩٤٢٩٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٣.

(٣) في المخطوط (تنجسها).

(٤) لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب». متفق عليه.

[١٦٣٧/٦] **مسألة:** إذا صنعت المرأة من لبنها جبناً فأطعمته صبياً حرم[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحرم[٢].

لأنه وصل اللبن المحرم إلىٰ محله في وقته بعدده، فوجب أن ينشر الحرمة، أصله: إذا كان مائعاً فأوجر في فيه.

ولأن ما يحرم إذا كان مائعاً يحرم إذا كان جامداً، دليله: النجاسة إذا وقعت في ماء أو طعام.

[١٦٣٨/٧] **مسألة:** إذا نزل للمرأة لبن من غير حمل فارضعت به طفلاً لم ينشر الحرمة[٣].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يحرم[٤].

لأن نزول اللبن نادر فلا ينشر الحرمة، دليله: لبن الرجل.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك اللبن يحرم شربه. لأن لبن المرأة إذا طرح فيه نجاسة يحرم شربه، ومع هذا يحرم، فما كان يمنع مثله في لبن الرجل.

ولأنه لبن لم يصدر عن حمل، أو لم يتقدمه حمل، فلم ينشر الحرمة،

---

(١) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٨؛ والمغني ١١/ ٣١٤-٣١٥؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٥٠٣؛ والأم ٥/ ٣١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٢٠.

(٢) انظر: المبسوط ٥/ ١٤٠؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٤٥.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧١؛ والمغني ١١/ ٣٢٤.

(٤) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٥؛ وفتح القدير ٣/ ٤٥٤؛ والمدونة ٢/ ٢٩١؛ والأم ٥/ ٣٢.

دليله: لبن الرجل، واللبن المشوب على أبي حنيفة[١]، ولبن الميتة على الشافعي[٢]، وليس لهم أن يقولوا: إن ذلك اللبن لا يحرم وإن صدر عن وطء/ . [١٥٣] لأنا لا نسلم ذلك، وليس لهم أن يقولوا: إن لبن الرجل لا يتعلق بجنسه التحريم، ولبن المرأة يتعلق بجنسه. لأنه يبطل بلبن الميتة، واللبن المشوب، وما بعد الحولين، فإنه لا ينشر الحرمة، وإن كان يتعلق بجنسه التحريم.

[**١٦٣٩/٨**] **مسألة:** إذا حلب من ثدي امرأة ميتة وأُرضعَ به صَبِيٌّ حرم[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحرم[٤].

لأنه لبن لو شربه الصبي في حال حياة المرأة تعلق به التحريم، فإذا شربه بعد موتها يجب أن يتعلق به، قياساً على اللبن الذي يجب في حياتها، فإنه لا فرق بين أن يشربه قبل موتها أو بعده.

ولأن اللبن حكم يتعلق بنفسه لا بالمرأة، لأنه لو حلب بالإناء فشربه صبي حرم، فإذا كان كذلك لم يعتبر في تعليق التحريم به (حياتها)[٥]، ويفارق هذا

---

(١) انظر: ملتقى الأبحر ١/ ٢٥٨.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٤.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٢١؛ والمغني ١١/ ٣١٦؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٨٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٥؛ وفتح القدير ٣/ ٤٥٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥٠٢.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤١٩؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤١٤.

(٥) في المخطوط (حيوتها).

الوطء، فإنه لا يثبت حكم إلا بالموطوءة، فاعتبر وجود (حياتها)[١] في حال حصوله.

ولأنه لو انفصل عنها في حياتها جاز أن يتعلق به التحريم، كالولد انفصل بعد موتها جاز أن يتعلق به كالولد.

ولا معنى لقولهم: إن الولد قد انتشرت حرمته قبل الانفصال بالتصور والتمكن والتلون في جوف الأم. لأن التحريم في مسألتنا يتأخر عن الانفصال، وموتها لا يمنع مقصوده، كما لا يمنع إذا انفصل ثم ماتت.

[١٦٤٠/٩] **مسألة:** إذا تزوج صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة وقعت الفرقة، وضمنت نصف مهر الصغيرة، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن تعمدت الفساد ضمنت، وإن لم تتعمد لم تضمن[٣].

لأن كل فعل إذا قصد به الإتلاف تعلق به الضمان [و][٤] إذا لم يقصد به الإتلاف، كالرمي، فإنه لو قصد إنسانا برميه وأتلف تعلق به الضمان، ولو أصابه من غير تعمد

---

(١) في المخطوط (حيوتها).

(٢) وبه قال الجمهور الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٢٣؛ والمغني ١١/ ٣٢٧؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٩٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥٠٥؛ والأم ٥/ ٣٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٣٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٦؛ وفتح القدير ٣/ ٤٥٧-٤٥٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

لزمه الضمان، ولا يلزم عليه إذا صف بالمشركين فأصاب مسلماً فقتله أنه لا ضمان عليه إلا أن يقصد قتله لوجهين، أحدهما: أنه لو قلنا يضمن هناك أدىٰ ذلك إلىٰ رفع القتال، فإن كل أحد يتقي أن يرمي فيصيب مسلماً فيضمن.

والثاني: أنه مفرط بقيامه في صف المشركين، وهذا معدوم هاهنا، وكذلك المغرور يرجع بما ضمن، لأن هناك من غره [ ][1] ما به علم له لم يلزمه، وهذا معدوم ها هنا، وكذلك المضارب إذا ابتاع أبارب المال أنه يضمن القيمة إذا تعمد أنه أبوه، ولا يضمن إذا لم يعلم، لأنا لا نعرف عن أحمد رواية في الضمان مع العمد، وقد خرجه أبوبكر علىٰ وجهين، أحدهما: لا ضمان، المسمي صحيح، وقياس المذهب أنه يجري مجرىٰ المضارب إذا اشترىٰ(غير)[2] ما أذن له يقف علىٰ الإجازة.

[١٦٤١/١٠] **مسألة:** ويضمن نصف المسمىٰ[3].

خلافاً للشافعي [في قوله][4]: يضمن نصف مهر مثلها[5].

لأنه رفع عقد صحيح قبل الدخول، فكان الرجوع بنصف المسمىٰ، دليله: لو طلقها الزوج قبل الدخول رجع بنصف المسمىٰ لها[6].

[١٦٤٢/١١] **مسألة:** إذا كان تحته صبيتان، فأرضعتهما أجنبية إحداهما قبل

---

(١) كلمة لم تتضح في المخطوط لوجود تآكل به.

(٢) في المخطوط (غيره) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٣) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٦٩؛ المقنع لابن البنا ٣/ ١٠٢٣؛ والمغني ١١/ ٣٢٩؛ وشرح الزركشي ٥/ ٥٩٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٤٦؛ وفتح القدير ٣/ ٤٥٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠٦.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الأم ٥/ ٣٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٥.

(٦) انظر المغني ١٠/ ١٦١.

الأخرىٰ حرمتا عليه[١].

خلافاً للشافعي في قوله: يفسد نكاح الأخيرة دون الأولىٰ[٢]. [٣]

لأنهما قد صارتا أختين[٤]، وهما تحته، فوجب أن ينفسخ نكاحهما، كما لو أرضعتهما معا.

[١٦٤٣/١٢] **مسألة:** / إذا كان لها لبن من زوج، فطلقها وتزوجت آخر، [١٥٤] وحبلت فزاد لبنها، فهو منهما، وكذلك إن ولدت من الثاني فهو منهما، وكذلك إن انقطع لبنها من الأول فثاب بظهور الحمل الثاني. ذكره أبوبكر في الخلاف[٥]. [٦]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يكون اللبن للأول إلىٰ أن تلد من الثاني، فإذا ولدت من الثاني كان اللبن له[٧].

---

(١) وبه قال الحنفية: انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٠؛ والمغني ١١/ ٣٣٧؛ ومختصر الطحاوي ص ٢٢٢؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ٢٤٠.

(٢) انظر: الأم ٥/ ٣٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٥.

(٣) مذهب المالكية: يختار واحدة من الرضيعتين. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥٠٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠٥.

(٤) لقوله تعالىٰ: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ [النساء: ٢٣].

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٠؛ والمغني ١١/ ٣٢٦.

(٦) مذهب المالكية أن المرأة إذا نكحت ولم ينقطع لبنها حتىٰ ولدت من الآخر فاللبن منهما جميعا، والحرمة به ثابتة بين المرضع وبين الزوجين جميعاً، إما إذا انقطع لبن الأول ثم حدث لبن، آخر كانت الحرمة للثاني. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٤٣.

(٧) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٣٩-٢٤٠؛ والمبسوط ٥/ ٣٣؛ والفتاوىٰ الهندية ١/ ٣٤٣.

وخلافاً للشافعي [في قوله](١): إذا حبلت واللبن بحاله لم يزد ولم ينقطع فهو للأول قولاً واحداً، وإن زاد ففيه قولان، أحدهما: هو للأول والثاني منهما، وإن انقطع ثم ثاب بظهور الحمل ففيه أقاويل، قولان مثل الأول، والثالث: أن اللبن للثاني، وإن ولدت فهو للثاني قولاً واحداً.(٢)

فالدلالة على أنه إذا زاد لبنها في مدة الحمل أنه يكون منهما: أن الحمل سبب للبن، فإذا زاد فالظاهر أن الزيادة لأجل الحمل فيكون بينهما، ويكون بمنزلة لبن امرأتين اختلطا.

والدلالة على أنه إذا انقطع في مدة الحمل ثم عاد أنه منهما: أن انقطاعه يكون لعارض ثم يعود، فوجب حمل الأمر على هذا تغليباً للحظ والاحتياط.

[**١٦٤٤/١٣**] **مسألة:** إذا قال لزوجته: هذه أختي من النسب أو الرضاع. ثم رجع وقال: أوهمت، أو أخطأت، لم يقبل رجوعه، فإن قال ذاك لأجنبية ثم رجع لم يحل له أن يتزوجها، ولو أدعى رجل نكاحاً على امرأة، فجحدت، ثم أقرت لم تحل إلا بنكاح جديد(٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقبل رجوعه عن الإقرار، ويزول التحريم(٤).

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤٣١؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٢٢٤.

(٣) وبه قال المالكية والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٢٦؛ والمغني ١١/ ٣٤٣؛ وشرح الزركشي ٥/ ٦٠٠؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ١٨١؛ والأم ٥/ ٣٧.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ١/ ٣٤٧.

لأنه أقر بتحريم فرج عليه فلا يقبل رجوعه عنه، أصله: إذا كانت له أمة. فقال: هذه أختي من النسب. ثم رجع عنه لم يقبل رجوعه[1]، كذلك ها هنا، يبين صحة هذا: أن قوله هذه أختي. إيقاع طلاق من جهته، بدليل: أنه يلزمه لها نصف مهرها المسمى، كما لو طلقها وأقر بالطلاق، ثم رجع لم يقبل رجوعه فهو بمثابة إقراره في حق أمته في أنه يتضمن العتق، وكذلك في زوجته يتضمن الطلاق، فإن قال: ما تزوجتها. ثم قال: تزوجتها. فصدقته المرأة لم تحل له إلا بعقد جديد كمسألتنا.

(١) انظر: المغني ١١/ ٣٤٣.

كتاب النفقات[١]

[١٦٤٥/١] **مسألة:** نفقة الزوجة غير مقدرة، وهي معتبرة بحال الزوجين جميعا، فيجب على الزوج الموسر لزوجته الموسرة نفقة الموسرين، وعلى المعسر الفقير أقل الكفايات، وعلى الموسر للفقيرة نفقة متوسطة من النفقتين، وعلى الفقير للموسرة أقل الكفايات، والباقي في ذمته[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: هي مقدرة، وهي معتبرة بحال الزوج، فعلى الموسر مُدَّانِ، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف، وعلى المعسر مُدٌّ[٣].

فالدلالة على أنها معتبرة بحال المرأة: حديث عائشة أن هند قالت: يارسول الله إن أباسفيان رجل شحيح، وليس لي إلا ما يدخل بيتي. قال صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٤]. فردها إلى اجتهادها، فاعتبر بها.

---

(١) النفقات: جمع نفقة، وهي مشتقة من النفوق، وهو الهلاك، يقال: نفقت الدابة نفوقاً: هلكت، أو من النَّفاق، وهو: الرواج، نفقت السلعة نفاقاً: راجت. انظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة «نفق».

وشرعاً: هي كفاية من يمونه بالمعروف خبزاً وأدماً، وكسوة، ومسكناً وتوابعَها. انظر: الإقناع ٤/ ١٣٦؛ وحاشية الروض المربع ٧/ ١٠٧.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٢؛ والمغني ١١/ ٣٤٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٠؛ وفتح القدير ٤/ ٣٧٩-٣٨٠؛ والمدونة ٢/ ١٩٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٣.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤٥٠؛ ومغني المحتاج ٣/ ٣٢٦.

(٤) رواه البخاري في النفقات: باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٥٣٦٤) ٣/ ٤٢٧، ومسلم في كتاب الأقضية: باب قضية هند. (١٧١٤) (١٧) ٣/ ١٣٣٨.

ولأنه مال مقصود بعقد النكاح، فجاز أن يعتبر بحال المرأة، أصله: المهر[(١)].

والدلالة على نفي التقدير: أنها نفقة واجبة فلا / تتقدر بالشرع، كنفقة ذوي[١٥٥] الأرحام، والمماليك.

ولا معنى لقولهم: إن تلك تجب على طريق المواساة، وهذه معاوضة. لأن الكفارات مواساة[(٢)]، وقد تقدرت، والمهر عوض وليس بمقدر عندنا وعندهم.

ولأن الكسوة والإدام لا يتقدر، كذلك الأطعام.

ولا معنى لقولهم: إن الكسوة في الكفارة لا تتقدر، وتتقدر بالإطعام. لأن الكسوة تتقدر عندنا في الكفارة بثوب تجوز الصلاة فيه.

[**١٦٤٦/٢**] **مسألة:** إذا كانت الزوجة ممن يُخْدَمُ مثلُها لم يلزم الزوج لها أكثر من خادم واحد، وإن احتاجت إلى أكثر منه[(٣)].

خلافاً لمالك، في قوله: إن احتاجت إلى خادمين وثلاثة لأجل ما لها وغير ذلك لزمه[(٤)].

لأن الزوج إنما يلزمه القيام بكفاية الزوجة فيما يتعلق ببدنها دون مالها، ألا

(١) أي أنه كما يعتبر المهر بحال المرأة، كذلك النفقة تعتبر بحال المرأة.

(٢) الكفارات لا تكون مواساة، بل تكون عقوبة وتطهيراً.

(٣) وبه قال الجمهور الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٣؛ والمغني ١١/ ٣٥٥؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ١٦٠؛ والفتاوى الهندية ١/ ٥٤٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٥٣؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٢٥٦.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٥٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥١٠؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥١٠.

ترىٰ أن مؤنتها عليه، ومؤنة مالها عليها، وزكاة فطرتها عليه[١]، وزكاة مالها عليها، كذلك نفقة خادمها الذي تحتاج إليه لازمة له، فأما الخادم الذي تحتاج إليه لأجل ما لها فلا يلزمه.

[١٦٤٧/٣] **مسألة:** إذا تزوجت الكبيرة بصغير لا يجامع مثله فلها النفقة[٢].

خلافاً لمالك، والشافعي في أحد القولين: لا نفقة لها[٣].

لأن التسليم قد وجد منها، فلو أسقطنا نفقتها (لكان)[٤] إنما تسقط بعجز الزوج عن التسليم، وهذا المعنىٰ لا يسقط نفقتها، ألا ترىٰ أنه لو كان عنيناً، أو مجنوناً لم تسقط نفقتها[٥] وإن كان عاجزاً عن وطئها.

[١٦٤٨/٤] **مسألة:** لا نفقة للصغيرة التي لا يُجَامَعُ مِثْلُها[٦].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: لها النفقة[٧].

---

(١) انظر: المغني ٤/ ٣٠٢.

(٢) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٣؛ والمغني ١١/ ٣٩٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢١؛ وفتح القدير ٤/ ٣٨٥.

(٣) أصح القولين عند الشافعية في هذه المسألة وجوب النفقة. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥٠٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠٨؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٧١.

(٤) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبت.

(٥) انظر: المغني ١١/ ٣٤٨.

(٦) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٣؛ والمغني ١١/ ٣٩٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢١؛ وفتح القدير ٤/ ٣٨٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥٠٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠٨.

(٧) أصح القولين عند الشافعية في هذه المسألة أن النفقة لا تجب. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٧١.

لأن النفقة تستحق بتسليم المرأة نفسها في بيت الزوج، بدلالة الكبيرة إذا سلمت نفسها، فإن لم تسلم ونشزت لم تستحق، والتسليم معدوم من هذه، فوجب أن لا تستحق، كالناشز[1][2]، بل هذا أولى أن لا تستحق، لأن الزوج يمكنه أن يغلب الناشزة ويقهرها ويستمتع بها، ولا يمكنه الاستمتاع بهذه والانتفاع بها في الموضع المخصوص، فإذا لم تستحق تلك فالصغيرة أولى.

[١٦٤٩/٥] **مسألة:** إذا اختلف الزوجان في قبض النفقة والصداق بعدما وجد التسليم فالقول قول الزوجة[3].

خلافاً لمالك في قوله: القول قول الزوج[4].

لأنهما زوجان اختلفا في قبض النفقة، فوجب أن يكون القول قول الزوجة، كما لو كان ذلك قبل التسليم، وكما لو فرض الحاكم عليه النفقة، ثم ادعى تسليم ذلك إليها، فإنه لا يقبل قوله عند مالك[5].

ولا معنى لقولهم: إنه إذا كان هناك فرض فالظاهر أنها لا تستوفي المفروض إلا بالإشهاد عليه، فمن لم يشهد فالظاهر كذلك. لأن هذه العادة لا تمنع قبول

---

(١) النشوز: مصدر نشزت المرأة نشوزاً إذا استعصت على بعلها وأبغضته. انظر: أنيس الفقهاء ص١٦٢.

(٢) انظر: المغني ١١/٣٤٨.

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١٠٧٤؛ والمغني ١١/ ٣٧٠؛ والفتاوى الهندية ١/ ٥٥٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٦٧.

(٤) انظر: المدونة ٢/ ١٩٢؛ وكتاب التفريع ٢/ ٤٣.

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ٢/ ٣٠٧.

القبول بالعمل أن المودع غيره وديعة بحضرة شاهدين، ثم ادعى المودَع ردها على المودع بغير بينة فالقول قوله مع يمينه[١].

ولأن النفقة لا يمكن الإشهاد على قبضها في العادة، لأنها تؤخذ يوماً بيوم، ولهذا المعنى قالوا في الوصي إذا ادعى تسليم المال إلى الصبي لم يقبل قوله إلا ببينة، ولو ادعى / الإنفاق عليه قبل قوله لهذا المعنى[٢]. [١٥٦]

[١٦٥٠/٦] **مسألة:** الإعسار بنفقة الزوجة يثبت لها الخيار في الفسخ[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يثبت لها الخيار[٤].

لما روى أبو الحسن بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما»[٥].

ولأن الزوج له إمساكان، إمساك عقد، وإمساك يد، فإذا سقط إمساك اليد بالعجز عن الإنفاق وجب أن يسقط إمساك العقد، لأنه أحد الإمساكين.

ولا معنى لقولهم: إن إمساك اليد يسقط في مدة ثلاثة أيام، وإمساك العقد لا

---

(١) انظر: المغني ٩/ ٢٧٣.

(٢) انظر: الإقناع ٢/ ٢٢٨-٢٢٩.

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٤؛ والمغني ١١/ ٣٦١؛ والمدونة ٢/ ١٩٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٥٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٨٠؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٢٦٧.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٢؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٤٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣٨٩.

(٥) رواه البيهقي في النفقات: باب الرجل لا يجد نفقة امرأته. السنن الكبرى ٧/ ٤٦٩. وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٢٩.

يسقط. لأنه يسقط عندنا نص عليه[١]، ولا يلزم عليه العبد الذي له كسب إذا عجز مولاه عن الإنفاق، فإنه يزول حبس اليد ولا يزول حبس الملك، لأنه يتوصل بالكسب حال إعسار السيد ما كان يتوصل به حال يساره، ولأن كسبه ملك للسيد.

ولا معنىٰ لقولهم: إن حبس اليد لا يزول عنها بكل حال، بدليل: أنها إذا اكتسبت ثبت لها حبسها. لأن فرقة العنين تزيل اليد بكل حال، كذلك الإعسار.

ولأن النفقة حق مقصود بكل نكاح، فجاز أن يثبت للزوجة الخيار بفقده، كالاستمتاع إذا فقد بعنة الزوج، يبين صحة هذا: أن ذاك فقد لذة وشهوة، وفقد النفقة فقد لا تقوم اليد عند فقده، فالضرر عليها أعظم، ولايلزم عليه إذا أعسر بنفقة الخادم والأدم، لأن ذلك غير مقصود بكل نكاح، ألا ترىٰ أن بعض الأنكحة يعرىٰ عن وجوب الخادم، والأدم تابع للقوت، ألا ترىٰ أنه لا يؤكل بغير خبز، والخبز يؤكل بغير أدم، فإذا ثبت أنه تابع لم يتضرر بكونه مقصوداً.

[١٦٥١/٧] **مسألة:** تملك الزوجة مطالبة زوجها بنفقة ما مضىٰ من الزمان[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا تملك المطالبة إلا أن يكون القاضي فرض لها[٣].

---

(١) انظر: الإقناع ٤/ ١٤٦.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٤؛ والمغني ١١/ ٣٦٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣١٢؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٥١٧؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥١٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٨٣؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٢٣٨.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٢؛ وفتح القدير ٤/ ٣٩٣؛ والمغني ١١/ ٣٦٧.

لأنه مستحق، لا يعتبر حكم الحاكم في وجوبه، فوجب أن لا يعتبر في استقراره، أصله: المهر، والثمن، والأجرة، وأرش الجناية، وقيم المتلف، ولايلزم عليه نفقة الأقارب أنه لا يعتبر حكم الحاكم في وجوبها ولا في استقرارها، ولا يلزم عليه أجرة السكن، فإنه لا تسقط بمضي الزمان في حق الرجعية، كالنفقة، ولايلزم عليه رزق القاضي في بيت المال، فإنه لا يعتبر حكم الحاكم في وجوبه، بل إن كان محتاجاً إلىٰ ذلك ثبت حقه للحاجة إليه، وكان له أخذه منه علىٰ قدر حاجته وكفايته[1].

[**١٦٥٢/٨**] **مسألة:** إذا وجبت نفقة الزوجة بالقضاء، فمات أحد الزوجين أخذ من تركة الزوج[2] [3].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][4]: تسقط[5].

لأنها دين ثابت تجوز الكفالة به، ويحبس لأجله، فهو كسائر الديون.

[**١٦٥٣/٩**] **مسألة:** إذا سافرت المرأة في تجارة لها بإذن زوجها فلا نفقة لها[6].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٩-١٠.

(٢) هذا إذا مات الزوج أولاً فيؤخذ من تركته. فإن ماتت هي أولاً أخذ من مال الزوج وتدفع إلىٰ ورثتها.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٥؛ والمغني ١١/ ٣٦٧.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٢؛ وفتح القدير ٤/ ٣٩٤.

(٦) وبه قال الحنفية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٥؛ والمغني ١١/ ٤٠٠؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٠١.

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا يدفع إليها حتىٰ تضع[١].

لأن الحكم يتعلق بوجود الحمل لا بتحققه. قال النبيﷺ: «لا نفقة لها إلا أن تكون/ حاملاً»[٢]. وقال: «لا توطا حامل حتىٰ تضع، ولا حائل حتىٰ تستبريء [١٥٧] بحيضة»[٣]. فعلق الحكم بها. وقال: «ألا إن في قتل عمد الخطأ قتيل [السوط][٤]، والعصا مائة من الإبل، منها: أربعون خلفة في بطونها أولادها»[٥]. فكذلك من اشترىٰ جارية فأصابها حاملاً، كان له الرد بالعيب[٦] لغالب الظن وإن لم يحقق الحمل، كذلك النفقة.

---

(١) ما ذكره المؤلف هنا يخالف مسألة سفر المرأة في تجارة لها بإذن زوجها، فهو يذكر هنا رأي الشافعي في أحد قوليه في مسألة النفقة علىٰ الحمل، وكذلك الاستدلال في مسألة النفقة علىٰ الحمل. ورأي الإمام الشافعي في مسألة سفر المرأة في تجارة لها بإذن زوجها أن لها النفقة وهذا أحد قوليه، والأظهر: أنه لا نفقة لها. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٨؛ روضة الطالبين ٦/ ٤٦٩.

(٢) رواه الإمام مسلم في الطلاق: باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (١٤٨٠) (٤١) ٢/ ١١١٧.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسند أبي سعيد الخدري (١١٨٢٣). المسند ٤/ ١٧٣؛ وأبوداود في النكاح: باب في وطء السبايا (٢١٥٧) ٢/ ٢٥٤؛ والدارقطني في النكاح: باب المهر (٥٠) ٣/ ٢٥٧، والبيهقي في العدد: باب استبراء من ملك الأمة. السنن الكبرىٰ ٧/ ٤٤٩، وقد حسن هذا الحديث ابن حجر في التلخيص ١/ ١٧١-١٧٢، وصححه الألباني في إرواء الغليل ١/ ٢٠٠.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) رواه أبوداود في الديات: باب في الخطأ شبه العمد (٤٥٤٧) ٤/ ١٨٤، وابن ماجة في الديات: باب دية شبه العمد مغلظة (٢٦٢٧) ٢/ ٨٧٧، وابن الجارود في باب الديات (٧٧٣) المنتقي ص ١٩٥، والبيهقي في الديات: باب أسنان الإبل المغلظة في شبه العمد. السنن الكبرىٰ ٨/ ٦٨، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٦٠١١) ١٣/ ٣٦٤. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٥٦.

(٦) انظر: المغني ٦/ ٢٢٧-٢٢٨.

[١٠/١٦٥٤] **مسألة:** النفقة تجب للحمل[١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين، والثانية: أنها تجب لها لأجل الحمل[٢].

ولهذا الإختلاف فوائد، أحدها: إذا تزوج حر بأمة فأبانها وهي حامل، فإن قلنا: النفقة للحمل لم تجب على والده، ووجبت على سيد الأمة، لأنه ملكه.

وإذا قلنا: لها لأجله. كانت على زوجها، وهو المنصوص عنه[٣].

الثانية: عبد تزوج أمة، فأبانها وهي حامل، فإن قلنا: النفقة للحمل كانت على سيد الولد دون والده، لأنه مملوك العين وهو المنصوص عنه، وإذا قلنا: لها لأجله. فالنفقة تجب على سيد العبد كما تجب نفقة زوجته[٤].

الثالثة: عبد تزوج بحرة، فأبانها وكانت حاملاً، فإن قلنا: للحمل. فالنفقة على الزوجة، ولأنه ولد حر من مملوك، وإن قلنا: لها لأجله. يكون على سيد العبد، فأما إذا تزوج حر حرة فأبانها وهي حامل فإنها تستحق النفقة رواية واحدة. لأنا إن قلنا: للحمل. فالحمل ممن تلزمه نفقته، لأنه حر، وإن قلنا لها بسبب الحمل. فهي معتدة في نكاح له حرمة[٥].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، وأحد القولين للشافعي. انظر: المغني ١١/ ٤٠٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣١٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٥؛ وفتح القدير ٤/ ٤٠٣-٤٠٤؛ والأم ٥/ ١١٧.

(٢) وبه قال المالكية انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٢٠٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٥٦؛ والمغني ١١/ ٤٠٦، والمعونة ٢/ ٩٣٢.

(٣)انظر المغني ١١/ ٤٠٦.

(٤) انظر: المغني ١١/ ٤٠٦.

(٥)انظر: المغني ١١/ ٤٠٦.

الرابعة: إذا كان النكاح فاسداً، أو الزوج حر، فإن قلنا: للحمل. فعليه النفقة، لأنها نفقة ولده، ولا فرق بين النكاح الفاسد والصحيح في لحوق النسب[(١)].

الخامسة: إذا نشزت وهي حامل تحت الزوج، فقد قيل: إنها تتخرج على الروايتين، إن قلنا: للحمل فعليه النفقة، وإن قلنا لها [لأجله][(٢)]. فلا نفقة، كما لو لم تكن بائناً[(٣)].

والدلالة على وجوبها للحمل: أنها إذا كانت بائناً حائلاً فلا نفقة، فإذا كانت حاملاً وجبت النفقة، فلما وجبت بوجوده وسقطت بعدمه ثبت أنها له.

ولأنه لما كانت له النفقة إذا كان منفصلاً، كذلك إذا كان متصلاً، كالميراث، والوصية، والإقرار.

[١٦٥٥/١١] **مسألة:** إذا طلبت المبتوتة أجرة الرضاع مقدار أجرة مثلها ووجد الأب من يرضعه بأقل من ذلك، أو من يتبرع بالرضاع أجبر على أن يعطيها الأجرة[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: للأب أن يمنع أمه الأجرة ويكلف المرضعة أن ترضعه في بيت أمه[(٥)].

لأن حقها من الحضانة لم يسقط، بدليل: أنه يكلف المرضعة أن ترضعه في بيت أمه. فنقول: مالا يسقط حقها من الحضانة لا يسقط حقها من أجرة الرضاع،

---

(١) انظر: المغني ١١/ ٤٠٦.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المغني ١١/ ٤٠٦.

(٤) وبه قال المالكية؛ والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٥؛ والمغني ١١/ ٤٣١؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٣١٧؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٩٤؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣١١.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٦؛ وفتح القدير ٤/ ٤١٢/.

أصله: إذا طلبت الأجنبية أجرة المثل.

ولا معنىٰ لقولهم: لا حق للأب هناك، وله حظ هاهنا. لأنه إن كان للأب حظ في نقصان الأجرة، فللولد حظ في رضاع أمه، لأنها أحن عليه وأشفق ويستمري لبنها خلاف غيرها، فحظُّ/ الولد مقدماً علىٰ حظ الأب، لحاجة الولد [١٥٨] إلىٰ ذلك من غير إضرار يلحق بالأب.

[١٦٥٦/١٢] **مسألة:** لا تجبر الأم علىٰ رضاع ولدها[١].

خلافاً لمالك في قوله: إن كان مثلها يرضع لزمها ذلك، وإن لم يكن مثلها يرضع ليسار أو شرف لم يلزمها، ويلزم الأب[٢].

لأنها حرة فلم تجبر علىٰ رضاع ولدها، دليله: الموسرة، أو الشريفة، ولا يلزم عليه [الأمة][٣] لقولنا «حرة».

ولا معنىٰ لقولهم: إن تلك لم تجر عادتها بالرضاع، وهذه قد جرت عادتها. لأنه يلزم عليه إذا طلقها قد جرت عادتها ولا يلزمها[٤].

ولا معنىٰ لقولهم: إن المطلقة في مؤنة نفسها، فلم تجبر، والزوجة في مؤنة الزوج. لأن الموسرة والشريفة في مؤنة الزوج ولا تجبر علىٰ الرضاع، وتبطل

(١) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٦؛ والمغني ١١/ ٤٣٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٧؛ وفتح القدير ٤/ ٤١٣؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٠٠.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٥٢٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) المراد أنه إذا طلق الرجل زوجته الحرة طلاقاً بائناً وقد جرت عادتها بالرضاع، فإنه لا يلزمها أن ترضع ابنها من المطلق.

بالمطلقة إذا كانت في نفقة أبيها، فإنها في مؤنة غيرها، فلا تجبر على الرضاع.

[١٦٥٧/١٣] **مسألة:** كل شخصين جرى بينهما الميراث بفرض أو تعصيب من الطرفين يلزمه نفقة الآخر كالأبوين، والأولاد، والإخوة، والأخوات، والعمومة وبنيهم، وإن جرى بينهم الإرث من أحد الطرفين كابن الأخ مع عمه، وابن العم مع بنت عمه فهل تجب النفقة على الوارث؟ على روايتين، أحدهما: لا تجب، والثانية: تجب.

ولا تختلف الرواية إذا لم يجر بينها التوارث بفرض أو تعصيب، كذوي الأرحام بعضهم من بعض، فلا يلزمهم النفقة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجبر ذو الرحم المحرم من الورثة على النفقة على قدر مواريثهم، فيدخل فيه العمة، والخالة، وغير ذلك من المحرمات، ويخرج من ذلك ابن العم[٢].

وخلافاً لمالك في قوله: يجبر الوالد على نفقة ولده، والولد على نفقة والده فقط، فأما الجد فلا يلزمه نفقة ولد ولده، وكذلك الأم لا يلزمها نفقة ولدها[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: يجبر على نفقة (الوالدين)[٤] وإن علوا، والولد

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٦؛ والمغني ١١/ ٣٧٣-٣٧٤.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٨؛ وفتح القدير ٤/ ٤١٩.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ٢٥١؛ والكافي في فقه المدينة المالكي ٥/ ٥٢٤.

(٤) في المخطوط (الوالدن).

وإن سفل على الإنفاق، ولا يلزم بقية الأرحام أن ينفق بعضهم على بعض[١].

فالدلالة على الشافعي قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢] إلى قوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[٣] فعطف الوارث على المولود له.

ولأنه موروث بفرض أو تعصيب، فجاز أن يستحق بذلك النفقة، كالوالد والولد.

أو نقول: يرث بفرض أو تعصيب، فجاز أن تلزمه النفقة لأجل ذلك، دليله: ما ذكرنا، ولا يلزم عليه من يرث بالرحم، كالعمة، والخالة، والخال، لقولنا: «بفرض أو تعصيب».

ولا معنى لقولهم: إنه هناك يجب مع اختلاف الدين، وها هنا لا يجب. لأنها لا تجب مع اختلاف الدين في أحد الروايتين، فلافرق بينهما.

والثانية: تجب. فعلى هذا نقول: النفقة صلة، فلا يقال: لما لم تجب صلة الرحم مع وجود الكفر لم تجب مع الإسلام، والأب تجب صلته برحم في الحالين، والأخ بخلافه.

ولامعنى [لقولهم][٤]: / يستحق بالنسب، فوجب أن يتجاوز الوالدين والولد [١٥٩] كالميراث، وفيما ذكرناه دلالة على مالك.

وأما أبوحنيفة فالدلالة عليه: أن كل من لا إيلاد له، ولا ولاد، ولا يرث بفرض

(١) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٤٨٩؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤٤٦.

(٢) البقرة «٢٣٣».

(٣) البقرة «٢٣٣».

(٤) ساقط من المخطوط.

ولا تعصيب لم يلزمه النفقة، دليله: بنت العم، وبنت العمة، وبنت الخالة، ولايلزم عليه بنت البنت أنه يلزمه نفقتها وإن لم يرثها بفرض ولا تعصيب، لأن هناك إيلاءاً، ولا يلزم عليه الجد أبو الأم، لأن له أولاداً، ولايلزم عليه الأخوة والأخوات والعمومة، لأنهم يرثون بفرض أو تعصيب.

ولا معنىٰ لقولهم: ليس هناك رحم كامل. لأن هذا لا يوجب الفرق بينهما في النفقة، كما لم يوجبه في الميراث، لأن بنت العم ترث مع ضعف رحمها، ولأن النفقة معنىٰ وضع لهذا القارب فلا تختص بالرحم المحرم، دليله: الإرث.

[١٦٥٨/١٤] **مسألة:** يلزم المولىٰ[١] من فوق النفقة على المولىٰ[٢] من أسفل.[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلزمه[٤].

لأن الولاء سبب يورث به، فجاز أن تجب النفقة، دليله: الرحم، والنكاح.

ولأنه يرثه بالتعصيب، أشبه الرحم.

[١٦٥٩/١٥] **مسألة:** إذا بلغ الولد وليس له مال ولا كسب فنفقته علىٰ أبيه[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجبر علىٰ نفقة البنت البالغ إذا لم يكن لها مال

(١) هو المعتِق.

(٢) هو المعتَقْ.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٦.

(٤) انظر: الفتاوىٰ الهندية ١/ ٥٧٠.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٧؛ والمغني ١١/ ٣٧٨.

ولا زوج ولا كسب، فأما الغلام فلا يجبر على نفقته إذا طلع صحيحاً[١] [٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يجبر على النفقة في الجارية والغلام جميعاً.[٣]

لأنه لا مال له ولا كسب، فلزم الأب نفقته، دليله: الأعمى، والزمن[٤]، ولايلزم عليه بقية العصبات إذا بلغن فقراء لا كسب لهم، لأن فيهم روايتين، والصحيح أنها تلزم.

ولأنه لو كان زمناً أو أعمى لزمت نفقته، كذلك إذا كان فقيراً لا كسب له، كالأب.

ولامعنى لقولهم: إنه آكد حرمة، ولهذا لا يقتل بابنه. لأن هذا لا يوجب الفرق بينهما، كما لم يوجبه حال صغر الولد، وحال العمى والزمانة.

[١٦٦٠/١٦] **مسألة**: إذا كان للصغير أم وجد فالنفقة عليهما أثلاثٌ، كذلك وإن كان له بنت وابن، أو بنت وابن ابن فالنفقة عليهما أثلاثٌ، وكذلك إن كانت أم وبنت فعلى الأم الثلث والباقي على البنت[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: في الأم والجد والبنت والابن مثل قولنا، وقال

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٩؛ وفتح القدير ٤/ ٤٢٠.

(٢) رأي الإمام مالك في هذه المسألة: أن الغلام إذا احتلم لا تلزم نفقته، وكذلك النساء إذاتزوجن ودخل بهن أزواجهن وطلقن. انظر: المدونة ٢/ ٢٥١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٥.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٠٩؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٩٠-٤٩١.

(٤) انظر: المغني ١١/ ٣٧٨.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٧؛ والمغني ١١/ ٣٨٣.

في البنت وابن الابن: النفقة على البنت دون ابن الابن[١].

وخلافاً للشافعي [في قوله][٢] النفقة على الجد والابن وابن الابن دون البنت، وعلى البنت دون الأم[٣]. [٤]

لأنهما اتفقا في استحقاق الإرث، وكل واحد منهما يجوز أن يقدم غيره عليه في الإنفاق، فلم ينفرد أحدهما بالإنفراد بالإنفاق كالأبنين، والبنتين، ولا يلزم عليه الأب مع الأم، لأن الأب لايتقدم عليه غيره، وعلى أن الأب لا يشاركه في نفقة ولده غيره فلم تدخل الأم معه، والجد يجوز أن يقدم عليه غيره في الإنفاق، وهو الأب والابن، فجاز أن يشاركه من هو أقرب منه، أو فجاز أن يشاركه غيره.

[١٦٦١/١٧] **مسألة:** فإن كان للصغير من لا ينفرد / بميراثه مثل أن يكون له أم [١٦٠] موسرة وجد فقير، أو بنت موسرة وابن فقير، لزم الأم من النفقة بقدر ميراثها، وهو ثلث النفقة[٥]، كذلك يلزم البنت الثلث[٦]، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور، وقد سئل تجبر الأم على نفقة الولد إذا لم يكن للأب شيء؟ قال: تجبر على قدر الميراث. فلم يوجب على الأم جميع النفقة لأجل اعتبار الأب[٧].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٢٩؛ وفتح القدير ٤/ ٤٢١.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٠؛ وروضة الطالبين ٦/ ٤٩٧-٤٩٩.

(٤) رأي الإمام مالك في هذه المسألة: أنه لا يجب على الأم أن تنفق على ولدها غنية كانت أو فقيرة الأب موجود أو معدوم. انظر: الكافي فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٥.

(٥) لأن للأم الثلث فرضاً، وللجد الباقي تعصيباً.

(٦) لأن الإبن والبنت يرثان جميع المال للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون للبنت الثلثُ وللابن الثلثان.

(٧) انظر: المغني ١١/ ٣٨٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٢١.

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يلزم الموسر منهما جميع النفقة[١].

لقوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[٢] وميراث الأم الثلث.

ولأن النفقة تلزم الوارث من الأقارب كما يلزم الورثة قضاء الدين من التركة، ثم ثبت أنه لو تقدر قضاؤه من جهة أحدهما، وهو أن يقر أحدهما بالدين وينكر الآخر، فإنه يلزم المقر بقدر دينه.

ولأن النفقة يتحملها الغير كصدقة الفطر، ثم ثبت أن عبداً لو كان بين نفسين فعجز أحدهما عن الإخراج ووجد (الآخر)[٣] فإنه لايلزمه كمال الفطرة، بل يلزمه بقدر حصته، كذلك هاهنا، وكذلك العاقلة في تحمل الدية لا يلزم الغني أن يتحمل عن الفقير.

[١٨/١٦٦٢] **مسألة:**(*) إذا افترق الأبوان فالأم أحق بالولد حتىٰ يبلغ سبع سنين، ثم يخير الغلام فيكون عند من يختار من الأبوين، فأما الجارية فالأب أحق بها بعد السبع بغير تخيير[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الأم أحق بالجارية حتىٰ تبلغ، وبالغلام حتىٰ يأكل

---

(١) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: الفتاوىٰ الهندية ١/ ٥٦٦-٥٦٧؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ٥٣٤؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٠٢.

(٢) البقرة «٢٣٣».

(٣) في المخطوط (الإحرام).

(*) كتب في الهامش باب الحضانة ويظهر لي أنه من وضع مالك المخطوطة، لأنه بخط مغاير للخط الذي كتب به هذا المخطوط ولم يوضع في آخره أي علامة تدل علىٰ أنه من وضع المؤلف.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٤٠؛ والمغني ١١/ ٤١٣.

وحده ويشرب وحده ويتوضأ ويلبس، فتكون الأم أحق به من غير تخيير[١].

وخلافاً لمالك في قوله: الأم أحق بالجارية حتىٰ تزوج ويدخل بها زوجها، وأما الغلام فروي عنه هي أحق به حتىٰ يثغر[٢] فيخير بين أبويه، وروىٰ عنه حتىٰ يبلغ الحلم[٣].

وخلافاً للشافعي [في قوله: يبقىٰ الغلام][٤] بين اخوته حتىٰ يبلغ سبع سنين، ثم يخير بين أبويه، ولا فرق عنده بين [الغلام][٥] والجارية.[٦]

فالدلالة علىٰ التخيير في الغلام ما روىٰ أبوهريرة أن رسول الله ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه»[٧]. واسم الغلام يقع علىٰ البالغ وغير البالغ، بدليل قوله تعالىٰ: ﴿يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ﴾[٨] وقول علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ: سبقتكم إلىٰ الإسلام طراً غلاماً ما بلغت أوان حلمي[٩]. علىٰ أن في

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣٦٧ـ٣٦٨، ٣٧١.

(٢) الثغر: ما تقدم من الأسنان، مادامت في منابتها. انظر: مختار الصحاح، والقاموس المحيط، مادة «ثغر».

(٣) انظر: المدونة ٢/ ٢٤٤؛ وكتاب التفريع ٢/ ٧٢.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٦/ ٥٠٤؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤٥٦.

(٧) رواه الترمذي في الأحكام: باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا (١٥٣٧) ٣/ ٦٢٩، وأبوداود في الطلاق: باب من أحق بالولد (٢٢٧٧) ٢/ ٢٩٢، وابن ماجة في الأحكام: باب تخيير الصبي بين أبويه (٢٣٥١) ٢/ ٧٨٧. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٤٩ـ٢٥٠.

(٨) مريم «٧».

(٩) لم أقف عليه.

الخبر ما يمنع من حمله على البالغ، لأنه خيره بين أبويه، ولو كان بالغاً كان التخيير بين ثلاثة أشياء بين أن يكون مع أبيه [أ][(١)]و أمه، أو منفرداً بنفسه.

ولأنه سن يؤمر معه بفعل الطهارة والصلاة[(٢)] فجاز أن يثبت معه التخيير بين أبويه، دليله: إذا بلغ، ولايلزم عليه الجارية إذا بلغت سبعاً، لأن التعليل للسن لا للشخص، وإذا كان للجواز لم يدخل عليه الأحوال.

والدلالة على أن الأب أحق بالجارية بعد السبع: أن الجارية إذا بلغت هذا الحد تحتاج إلى الحفظ، لأنه سن يتزوج في مثله، والأب أقوم لحفظها، لأن (الأم)[(٣)] تخدع في حفظها، ولهذا المعنى كان الأب أحق بالولد إذا اختلفت / بالأبوين الدار[(٤)]، لأنه أقوم، ويفارق الغلام، لأنه بالليل عند أمه، [١٦١] وبالنهار حيث يرى أبوه من كتاب، أو دكان، فهو يراعى له، ولايمكن ذلك في الجارية.

[**١٦٦٣/١٩**] **مسألة:** الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت من الأم، ومن الخالة[(٥)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الأخت من الأم، والخالة أولى من الأخت

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) قال ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر» متفق عليه.

(٣) في المخطوط (الأخ).

(٤) انظر: المغني ١١/ ٤١٩-٤٢٠.

(٥)وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٤٢؛ والمغني ١١/ ٤٢٣؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥١٤.

من الأب[١].

لأنهما شخصان استويا في عدم الولادة، فوجب أن يكون أولاهما بالحضانة أقواهما في الميراث، كالأخت من الأب، والأخ مع الأخت من الأب.

ولامعنى لقولهم: الاعتبار بالإرث. لأن الخالة والعمة يثبت لهما حق الحضانة ولا ميراث، لأنهن يدلين بوارث، فالحضانة للذكور بالميراث، ولهذا لا حضانة للخال، وإنما قدمت الأم على الأب، لأن مزيتها أقوى، وهو إلحاقه بها قطعاً، فإنه يشاهد (خارجاً)[٢] منها، ويلحق بالأب [ ][٣] لأوليائها، ولأنها أشفق عليه وأعطف وأرق وأَحَنُّ، فالقصد حظ الولد، فكانت أحظ من أبيه فقدمت عليه، وليس هذه المزية للأخت للأم مع الأخت من الأب.

[**١٦٦٤/٢٠**] **مسألة:** الأب أولى بالحضانة من الخالة، ومن الأخت من الأم[٤].

خلافاً للشافعي، والثانية: الخالة أحق[٥].

لأنه ذو ولادة وإرث، فوجب أن لا تسقطه الخالة، والأخت لأم، كالأم.

---

(١) وبه قال مالك. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٨؛ وفتح القدير ٤/ ٤٦٩ـ٣٧٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢١؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٥٢٧.

(٢) في المخطوط (خاجا).

(٣) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط وهذا رسمها: (اسيد).

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٠٤١؛ والمغني ١١/ ٤٢٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٢٧.

(٥) وبه قال الحنفية، ومالك. انظر: روضة الطالبين ٦/ ٥١٧ـ٥١٨؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤٥٧؛ والمغني ١١/ ٤٢٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٢٧؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٦٣٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢١.

ولامعنىٰ لقولهم: أنها تدلي بالأم، فلهذا أسقطتها، ولا تدلي بالأب. لأن الخالة والأخت من الأم لاتدليان بالجد، ولا الأخت من الأب، ومع هذا فإنهما يسقطان الخالة والأخت من الأم.

[**١٦٦٥/٢١] مسألة:** إذا بلغت الجارية فعليها أن تكون مع أبيها حتىٰ تزوج ويدخل بها، ولا يزول الحجر عنها بالبلوغ، وهذا قياس المذهب علىٰ فك الحجر عنها[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: هي أحق بنفسها[٢]. [٣]

وهذه المسألة مبنية علىٰ الأصل الذي [تقدم][٤] وهو أنها حالة لم يزل الحجر عنها في المال، فلم يزل حق الحضانة دون السبع، ولايلزم عليه الغلام فإنه يزول عنه الحجر في المال ببلوغه[٥].

وإن شئت قلت: كل حالة جاز للأب العقد عليها، أو كل حالة لم يفتقر نكاحها إلىٰ نطقها مع القدرة لم يزل الحجر عنها، دليله: ما ذكرنا.

ولأنها إذا بلغت مبلغ النساء لم تكن مأمونة علىٰ نفسها، فللأب ضمها

---

(١) انظر: المغني ١١/ ٤١٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٢٩.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٨-٣١٩؛ وفتح القدير ٤/ ٣٧١؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٠٩؛ ومغني المحتاج ٣/ ٤٥٦.

(٣) مذهب الإمام مالك في هذه المسألة أن الجارية تبقىٰ مع الحاضن حتىٰ تتزوج إلا أن يريد الأب سفر نقلة واستيطان فيكون حينئذ أحق بولده من أمه وغيرها. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٢؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٥٣١.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: المغني ٦/ ٥٩٤.

إليه[١]، لأنها تلحق به الشين، ولأنها إذا كانت بكراً تخدع، والثيب لا تخدع في الغالب، فكذلك الغلام، لأن ولايته تزول.

[١٦٦٦/٢٢] **مسألة:** إذا طلقت الزوجة طلاقاً بائناً عادت على حقها من الحضانة، وإن كان الطلاق رجعياً لم تعد حتى تنقضي العدة على قياس المذهب أن الرجعة مباحة[٢].

خلافاً لمالك في قوله: لا يعود حقها سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: يعود حقها سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً[٤].

فالدلالة على أن حقها يعود في الجملة خلافاً لمالك: هو أن حقها إنما زال لمعنى، وهو اشتغالها بالزوج، فإذا طلقت فقد زال هذا المعنى وعادت إلى ما كانت عليه، فعاد حقها من الحضانة / إلى ما كان عليه، ونظير هذا لو قال: وقفت هذا [١٦٢] على أولادي وأولاد أولادي ماتناسلوا[٥]، فمن تزوج من البنات فلا حق لها، وإن طلقت عاد حقها فتصح على هذا الوجه، كذلك الحضانة.

والدلالة على أنه لا يعود حقها بالطلاق الرجعي: أنه طلاق لا يزيل الملك، فلا تعود معه الحضانة، كالطلاق المعلق بشرط، يبين صحة هذا: أن ملك الزوج بحاله،

---

(١) انظر: المرجع السابق ١١/ ٤١٨.

(٢) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٤٢-١٠٤٣؛ والمغني ١١/ ٤٢٧-٤٢٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٨؛ وفتح القدير ٤/ ٣٧٠.

(٣) انظر: المدونة ٢/ ٢٤٤؛ وكتاب التفريع ٢/ ٧١.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٠٨.

(٥) انظر: المغني ٨/ ١٩٥.

بدلالة أنه يراجعها متىٰ شاء، فهو كالمظاهر والمولي .

[**١٦٦٧/٢٣**] **مسألة:** إذا اختلف بالأبوين الدار، فالأب أحق به سواء كان هو المنتقل أو المرأة[١] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كانت مقيمة فهي أحق، وكذلك إذا كانت منتقلة من قرية إلىٰ مصر، فأما إذا انتقلت من مصر إلىٰ قرية فالأب أحق[٢] .

لأنهما أبوان استوت حالهما، واختلفت بهما الدار، فوجب أن يكون الأب أحق بالولد، دليله: إذا انتقلت من مصر إلىٰ قرية .

ولأن الأب يحفظ نسبه ويؤدبه، وهذا المعنىٰ لا يحصل ببعد الأب عنه .

[**١٦٦٨/٣١**] **مسألة:** إذا امتنع من الإنفاق علىٰ دابته أمره الحاكم بالإنفاق أو البيع[٣] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجبر علىٰ الإنفاق عليه في الحكم، ولكنه ينهىٰ عنه فيما بينه وبين الله تعالىٰ، علىٰ طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[٤] .

لأنه حيوان يجب علىٰ مالكه أن ينفق عليه، فإذا امتنع جاز للحاكم أن يجبره عليه، أصله: عبده وأمته، وقد دل علىٰ وجوب النفقة: ما روي عن النبي ﷺ أن

---

(١) وبه قال الجمهور: : الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٩؛ والمغني ١١/ ٤١٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٥٢٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥١٢ .

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣١٩-٣٢٠؛ وفتح القدير ٤/ ٣٧٥-٣٧٦ .

(٣) وبه قال الجمهور: : الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٩؛ والمغني ١١/ ٤٤١-٤٤٢؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ٥٢٢؛ وروضة الطالبين ٦/ ٥٢٣-٥٢٤ .

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٣٠؛ وفتح القدير ٤/ ٤٢٧-٤٢٨ .

امرأة من بني اسرائيل حبست هراً، فلم تطعمه ولا تركته يأكل من خشاش الأرض فدخلت النار»[١].

(١) رواه البخاري في الشرب والمساقاة: باب فضل سقي الماء، (٢٣٦٥) ٢/ ١٦٦، ومسلم في التوبة: باب في سعة رحمة الله تعالى، وأنها سبقت غضبه (٢٦١٩) (٢٥) ٤/ ٢١١٠.

كتاب الجنايات(١)

[١٦٦٩/١] **مسألة:** لا يقتل المسلم بالذمي(٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقتل به(٣).

لما روىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يقتل مؤمن بكافر»(٤).

وروت عائشة أنه وجد في قائم سيف رسول الله ﷺ: «لا يقتل مسلم بكافر، ولا ذو عهد في عهده»(٥).

---

(١) الجنايات: جمع جناية، وهي مصدر جنىٰ علىٰ نفسه، وأهله جناية: إذا فعل مكروها، وقال أبوالسعادات: الجناية: الجرم، والذنب، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه القصاص، والعقاب في الدنيا، والآخرة. انظر: المطلع ص ٣٥٦، والدر النقي ٣/٧٠٨.

وشرعاً: التعدي علىٰ البدن بما يوجب قصاصاً، أو مالاً. انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ١٦٤.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٧٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/١٠٥١؛ والمغني ١١/٤٦٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/٣٨٢؛ والأم ٦/ ٤٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٤؛ وملتقى الأبحر ٢/٢٨٦.

(٤) رواه أبوداود في الديات: باب أيقاد المسلمُ بالكافر (٤٥٣٠) ٤/ ١٧٩، والترمذي في الديات: باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر (١٤١٢) ٤/ ٢٤-٢٥. وقال حديث حسن صحيح، وابن الجارود (١٠٧٣). المنتقىٰ ص ٢٦٩، والبيهقي في الجنايات: باب فيمن لا قصاص بينه باختلاف الدين. السنن الكبرىٰ ٨/ ٢٩. وقد صححه الألباني انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٦٥.

(٥) رواه ابن أبي شيبة في الديات: من قال: لا يقتل مسلم بكافر. المصنف ٩/ ١٩٤؛ وابن ماجة في الديات: باب لايقتل مسلم بكافر، (٢٦٥٨، ٢٦٥٩) ٢/ ٨٨٧، وأبوداود في الديات: باب أيُقَادُ المسلم بالكافر (٤٥٣٠) ٤/ ١٧٩، وابن الجارود (١٠٧٣) المنتقىٰ لابن الجارود ص ٢٦٩، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (٦١) ٣/ ٩٨، والبيهقي في الجنايات: باب فيمن لا قصاص بينه باختلاف الدينين. السنن الكبرىٰ ٨/ ٢٩. وقد صححه الألباني انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٦٥.

وعن علي قال: «من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر، ولا يقتل حر بعبد»[(١)].

ولأنه ناقص بالكفر فوجب أن لا يكون مكافئا للمسلم، أصله: المستأمن[(٢)]، ولا يلزم عليه إذا جرح كافر كافراً وقتله، ثم أسلم أنه يقتل به بعد إسلامه[(٣)]. لأن حكم العلة أن لا يكون مكافئا للمسلم، وهو غير مكافيء له بعد إسلامه، وإنما اعتبر بالمكافأة وقت الجناية عليه، فكانا في ذلك الوقت كافرين متكافئين.

ولا معنى لقولهم: إن المستأمن مباح الدم / إلا أن إباحته مؤجله، بدليل: أنه [١٦٣] لو قتله ذمي لم يجب عليه القصاص. لأنه غير مباح الدم، بل هو محقون الدم في مدة أمانه، ويجب على قاتله القصاص، وكل من فضل صاحبه عند هتك عرضه بالقذف فضله في حكم القصاص، دليله: الأب والإبن، والمسلم والمستأمن، وذلك أن الأب لو هتك عرض ابنه بالقذف لم يلزمه الحد، والابن لو قذف أباه

---

(١) لفظة «لا يقتل مسلم بكافر» رواها البخاري من طريق علي ـ رضي الله عنه ـ في كتاب الديات: باب لا يقتل مسلم بالكافر (٦٩١٥) ٤/ ٢٧٧ أما بقية لفظ الحديث «لا يقتل حر بعبد» فعن طريق ابن عباس رضي الله عنهما رواها الدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٥٨) ٣/ ١٣٣، والبيهقي في الجنايات: باب لا يقتل حر بعبد. السنن الكبرى ٨/ ٣٥ من طريق عبدالصمد بن علي، عن السري بن سهل، عن عبدالله ابن رشيد، عن عثمان البري، عن جويبر، عن الضحاك، عن ابن عباس مرفوعاً، قال البيهقي: في هذا الإسناد ضعف. وقال ابن حجر في التلخيص ٤/ ١٦: «حديث ابن عباس «لا يقتل حر بعبد...» رواه الدارقطني والبيهقي، وفيه جويبر وغيره من المتروكين» أ. هـ ولم أجد هذين الحديثين مع بعضهما في حديث واحد. وقال الألباني عن لفظه «لا يقتل حر بعبد»: «حديث ضعيف جداً» أ. هـ. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٦٧.

(٢) أكثر الفقهاء على القول بعدم القصاص من المسلم للمستأمن. انظر: المغني ١١/ ٤٦٦.

(٣) لأن العبرة بالمكافأة وقت الجناية. انظر: المغني ١١/ ٤٦٧.

لزمه الحد، فلما تفاضلا في حد القذف مع هتك كل واحد منهما عرض صاحبه تفاضلا في حكم القصاص، وكذلك المسلم مع الكافر، ولايدخل على هذا الرجل يقذف مسلماً قد زنا أنه لا يلزمه الحد، والثاني لو قذف هذا المحصن لزمه الحد، لأن العلة مقيدة بهتك العرض، ومن ظهر زناه فهو مهتوك العرض، فلم يحصل بقذفه هتك عرضه، وأما الذمي فإن قذفه مسلم أو ذمي لم يلزمه الحد، ولا يدخل على هذا أيضاً الكافر يقذف كافراً، أو العبد يقذف عبداً، ولايلزم كل واحد منهما الحد بالقذف، ولو قتل يقتل به، لأنه لا يفضل أحدهما بالآخر بحد القذف، لأن كل واحد منهما لو قذف الآخر لم يحد[1].

[١٦٧٠/٢] **مسألة:** لا يقتل الحر بالعبد[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقتل به[3].

لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا يقتل حر بعبد»[4].

وكل شخصين لم يجر بينهما القصاص في الأطراف السليمة لم يجر القصاص بينهما في النفس، دليله: الأب مع الابن، والمسلم مع المعاهد.

ولأنه أحد نوعي القصاص فلا يجري بين الحر والعبد، كالقصاص في الأطراف.

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٨٥.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥١؛ والمغني ١١/ ٣٧٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٢؛ والأم ٦/ ٢٦.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٥٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٣.

(٤) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

[١٦٧١/٣] **مسألة:** لا يقتل الأب بابنه بحال[١].

خلافاً لمالك في قوله: إن قذفه حذفاً بالسيف لم يقتل [به][٢] وإذا أضجعه فذبحه قتل به[٣].

لما روىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبدالله بن عمرو قال: [قال][٤] أبي سمعت رسول الله ﷺ قال: «لا يقاد الأب من ابنه». وفي لفظ آخر «لا يقتل الابن من أبيه»[٥].

وروىٰ ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقاد والد بولده»[٦].

---

(١) وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٢؛ والمغني ١١/ ٤٨٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٤؛ والأم ٦/ ٣٦.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط.

(٣) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٢١٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٣.

(٤) زيادة لم تذكر بالمخطوط.

(٥) رواه الترمذي في الديات: باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا؟ (١٤٠٠) ٤/ ١٨، وابن ماجة في الديات: باب لا يقتل الوالد بولده (٢٦٦٢) ٢/ ٨٨٨، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٧٩)، (١٨١)، (١٨٢) ٣/ ١٤٠-١٤١. الجميع من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن عمر بن الخطاب مرفوعا. وقد صححه الألباني انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٦٩.

(٦) رواه الترمذي في الديات: باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا؟ (١٤٠١) ٤/ ١٩، وابن ماجة في الديات: باب لا يقتل الوالد بولده (٢٦٦١) ٢/ ٨٨٨، والحاكم في الحدود (٨١٠٤/ ٨١). المستدرك على الصحيحين ٤/ ٤١٠، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٨٠)، (١٨٤) ٣/ ١٤١-١٤٢، والبيهقي في الجنايات: باب الرجل يقتل ابنه. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٣٩ الجميع من طريق عمرو بن دينار، عن طاوس، عن ابن عباس مرفوعا. وقد صححه الألباني انظر: ارواء الغليل ٧/ ٢٦٩.

وكل من لو قتله حذفاً لم يقتل به، فإذا قتله ذبحاً لم يقتل به، كالكافر مع المسلم، والعبد مع الحر.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الحذف خرج مخرج التأديب فصار شبهة. لأن التأديب لا يكون بالسيف، وإنما يكون بالسوط والعصا، ثم هذا باطل بالمعلم إذا أدب غلاماً بالسيف فقتله[1].

ولأن القصاص إنما يراد للزجر والردع، وكف القاتل عن القتل، وهذا لا يحتاج إليه في الوالد، لأن هناك من الشفقة والحنو والرقة ما يمنعه من القتل أشد من منعه بالزجر، فلا معنىٰ لكفه بالزجر، قد لقىٰ الله تعالىٰ بما هو أوكد منه.

[١٦٧٢/٤] **مسألة:** يجري القصاص[2] بين الرجل والمرأة فيما دون النفس[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجري القصاص بين العبيد فيما دون النفس، ولا بين الرجل والمرأة فيما دون النفس[4].

لأن كل شخصين / جرىٰ بينهما القصاص في النفس جرىٰ بينهما [١٦٤] القصاص في الأطراف السليمة، أصله: الحران، والمرأتان، وكل معنىٰ لم يؤثر في القصاص في النفس لم يؤثر في القصاص في الأطراف،

(١) فإن عليه الضمان. انظر: المغني ١٢/ ٥٢٨.

(٢) القصاص هو: أن يُفْعل بالفاعل مثل ما فعل. انظر: أنيس الفقهاء ص٢٩٢.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٦؛ والمغني ١١/ ٥٠٠؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ٢/ ٣٨٣؛ والأم ٦/ ٢٢-٢٣.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٠؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٨٩.

كالشرف، وعكسه الكفر (والرق)[١] على أصلنا يبين صحة هذا: أن النفس آكد حرمة من الأطراف، لأن النفس كل الجملة والأطراف بعضها، والنفس تضمن ببدل وكفارة. والأطراف تضمن بالبدل فحسب، ودية الأطراف تدخل في دية النفس إذا صارت الجراح نفساً، فلما جرىٰ القصاص من الرجل والمرأة والعبيد في الأكمل فلئن يجري في الأنقص أولىٰ.

[١٦٧٣/٥] **مسألة:** تقتل الجماعة بالواحد[٢].

خلافاً لداود، والثانية [لا تقتل الجماعة بالواحد][٣][٤].

لما روىٰ عن عمر «أنه قتل ثلاث نفر بامرأة من أهل صنعاء» وفي لفظ آخر: أن عمر قتل سبعة. وقال: لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم به»[٥].

ولأنه قتل من يكافي دمه دم المقتول، فوجب القتل عليه، كالواحد إذا قتل واحداً.

---

(١) في المخطوط (والدفي) وما أثبت لعله الصواب.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الجمهور. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٥٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٨١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٣؛ والمغني ١١/ ٤٩٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٤؛ والأم ٦/ ٢٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧.

(٣) زيادة من المحقق لم تذكر بالمخطوط.

(٤) انظر: المغني ١١/ ٤٩٠.

(٥) رواه الإمام مالك في العقول: باب ما جاء في الغيلة والسحر، (١٣). موطأ الإمام مالك ٢/ ٨٧١؛ والبيهقي في الجنايات: باب النفر يقتلون الرجل. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٤١. من طريق يحيىٰ بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب موقوفاً. وقد صححه الألباني انظر: ارواء الغليل ٧/ ٢٥٩.

[١٦٧٤/٦] **مسألة:** تقطع يدان بيد واحدة [(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقطع [(٢)].

لما روىٰ الشعبي، عن علي في رجلين شهدا علىٰ رجل أنه سرق فقطعه علي، ثم جاءا بآخر فقالا: هو هذا، فلم يجز شهادتهما عليه، وقومهما دية الأول، وقال: لو تعمدتما لقطعتكما» [(٣)]. فأخبر أن القصاص كان يجب عليهما لو تعمدا [قطع] [(٤)] اليد. وكل قصاص وجب للواحد علىٰ جماعة، أصله: القصاص في النفس، يبين صحة هذا: أن النفس أعظم حرمة من اليد، فإذا جاز أن تقتل الجماعة بالواحد فلئن يجُز أن يقطعوا بيده أولىٰ، وكل معنىٰ لم يؤثر في قصاص النفس لم يؤثر في قصاص الطرف، كالشرف (واليسر) [(٥)]، وعكسه عدم القصد والرق والكفر.

[١٦٧٥/٧] **مسألة:** يجب القصاص بالقتل بالمثقل إذا كان مما يقصد به القتل

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٤؛ والمغني ١١/ ٤٩٣ـ٤٩٤؛ والذخيرة ١٢/ ٣٤١؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٩٩.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٣؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٩٠.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في الديات: الرجلان يشهدان علىٰ رجل بالحد، (٧٩٤٠) من طريق علي بن مسهر، عن سعيد، عن قتادة، عن خلاس، عن علي موقوفاً المصنف ٩/ ٤٠٨ـ٤٠٩، والبيهقي في الجنايات: باب الاثنين أو أكثر يقطعان يد رجل معا. من طريق أبي سعيد بن أبي عمرو، وعن العباس بن أبي العباس الأصم، عن الربيع بن سليمان، عن الشافعي، عن سفيان، عن مطرف، عن الشعبي موقوفاً علىٰ علي السنن الكبرىٰ ٨/ ٤١، ورواه البخاري تعليقا في الديات: باب إذا أصاب قوم رجلاً هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم ٤/ ٢٧٢. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/ ١٩: «إسناد هذا الأثر صحيح».

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبت.

غالباً نحو الحجر الكبير ، والخشبة الكبيرة، وإذا رماه من شاهق، وإذا هدم عليه حائط ونحو ذلك[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب القصاص إلا بماله حد سواء كان من الحديد أو غيره[٢].

لما روىٰ أبو الحسين بإسناده عن أنس: أن رجلا من اليهود قتل جارية من الأنصار علىٰ تمايم لها ورماها في قليب، فرضخ رأسها بحجارة فأمر النبي ﷺ أن يرجم حتىٰ يموت فرجم». وفي رواية ابن بطة: رض رأسها بين حجرين فقيل لها من فعل بك هذا؟ فلان وفلان حتي سمىٰ اليهودي فأومت برأسها، فأخذ اليهودي فاعترف فأمر النبي ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة»[٣]. فنقل في الخبر «حكم» وهو قتل النبي ﷺ له بالحجارة، «وسبب» وهو رضخ رأس الجارية، فالظاهر تعلق الحكم بذلك السبب.

ولأنها آلة يقصد بها القتل غالباً، فجاز أن يجب القود بالقتل بها كالتي لها حد إذا / [١٦٥] قتل بحدها.

ولا معنىٰ للقول بموجب العلة إذا قتل بحدها، لأنا قسنا عليه، فلا يمكن القول

---

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رووس المسائل ٣/ ١٠٨١؛ والمغني ١١/ ٤٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٢؛ والأم ٦/ ٦.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٦-٥٠٧؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٨٢.

(٣) رواه البخاري في الديات: باب من أقاد بالحجر، (٦٨٧٩) ٤/ ٢٦٨، ومسلم في القسامة: باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحددات والمثقلات، وقتل المرأة الرجل بالمرأة، (١٦٧٢) (١٧) ٣/ ١٣٠٠.

بموجبها بالأصل، ولايلزم عليه العصا الصغيرة، لأنه لايقصد بها القتل غالباً، وكل ما لو قتل بحده وجب القصاص إذا قتل بثقله جاز أن يتعلق به القصاص، كالحديدة، ولا يلزم عليه الحجر الصغير والعصا الصغيرة، لأنه يجوز أن يتعلق بها القصاص، وهو إذا در الضرب به.

ولأن القتل بالحجارة شرع في كبيرة، فتعلق القصاص بجنسه، دليله: القتل بالسيف لما شرع في قتل المرتد تعلق القصاص بجنسه، كذلك القتل بالحجارة لما شرع في رجم الزاني جاز أن يتعلق القصاص بجنسه.

ولأنه أحد نوعي القصاص فاستوىٰ فيه القطع بالمحدد وغيره، كما دون النفس، ولافرق بين أن يقطع العضو بمحدد أو بغيره، كذلك لا فرق بين أن يقطع الحياة بمحدد أو غيره.

[١٦٧٦/٨] **مسألة:** قتل عمد الخطأ يجب به الدية دون القود، وهو ماوجد فيه عمد في الفعل وخطأ في القصد(١).

خلافاً لمالك في قوله: قتل عمد الخطأ محال، والواجب به القود(٢).

لما روىٰ عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «في الخطأ شبه العمد قتيل الضرب والعصا مائة [من الإبل](٣) منها أربعون خلفة في بطونها أولادها».

---

(١) وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٤٨-١٠٤٩؛ والمغني ١١/ ٤٦٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٢؛ والتمهيد ٦/ ٥٧٨.

(٣) ساقط من المخطوط.

وفي لفظ آخر «أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم الفتح فقال: «ألا إن دية الخطأ العمد بالسوط والعصا مغلظة مائة من الإبل، منها أربعون خلفة في بطونها أولادها»[١]. فسمى نوعاً من القتل نوع عمد خطأ، وأوجب فيه الدية[٢] ولم يوجب القود.

ولأن القتل أحد سهام العمد من قبل أن القاتل عامد في فعله واجد شبهاً من الخطأ، من قبل أنه مخطئ في قصده، فجعل له منزلة بينهما كنذر اللجاج والغضب، وكالمكاتب لما أخذ شبهاً له من الأحرار في أن أرش الجناية عليه له، وأخذ شبها من العبيد في أنه مملوك اعطيناه شبهاً من الأحرار في أنه سعى وباع، وشبها من العبيد في أنه لا يثيب ولا يتصدق إلا بإذن.

[١٦٧٧/٩] **مسألة:** إذا غصب صبياً حراً، فأصابه عنده صاعقة، أو نهشته حية، فمات فعلى عامة[٣] الغاصب ديته[٤].

خلافاً للشافعي في قوله: لا ضمان عليه[٥].

لأن الحر يضمن بالجناية وهذه جناية للإصابة ولو ترك الصبي في موضعه لم تنهشه الحية، ولم تصبه الصاعقة، لأن نهش الحية يوجد في موضع

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مغلظة، ووجه التغليظ هو أن فيها أربعين خلفةً في بطونها أولادها.

(٣) أي عاقلته.

(٤) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٧٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٣.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٩؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٨٧. ولم أقف على قول للمالكية في هذه المسألة.

دون موضع، والصبي لا يمكنه التحري، فإذا نقله وصار سبباً لهلاكه فيضمن، كمن حفر بئراً فوقع فيه إنسان، ولايلزم عليه إذا مات عنده بحمى أو فجاءة، لأن الحمى لا تختص بموضع دون موضع، بل توجد في كل موضع، فإذا مات بها عنده لم يضمن، لأنه (ما عرضه)[1] للتلف، لأنه لو تركه في بيته لأصابته الحمى، ولايلزم عليه أيضاً إذا كان كبيراً فنهشته حية عنده فمات أنه لا يضمن / لأن الكبير يمكنه التحري منه فلا [١٦٦] يصير الغاصب سبباً لتلفه، ولايلزم عليه إذا قتل حراً بالغاً وغله[2]، لأنه يقال: يحتمل أن يلزمه الضمان، لأنه لايقدر على الاحتراز، ويحتمل أن يقال: إنه لا يضمن لأنه ممن لا يثبت عليه اليد، فلا يصير في يده، والصبي تثبت عليه اليد، ويكون القول فيه قول من هو في يده، فجاز أن يضمنه إذا غصب من غير إتلاف الأموال.

[١٦٧٨/١٠] **مسألة:** يقتل المكرِه والمكرَه جميعاً[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقتل المكرِه، وهوالآمر، ولا يقتل المكرَه وهو المأمور[4].

لأنه قتل من يكافئه ظلماً لاستبقاء نفسه، فكان حكمه كما لو ابتدأ قتله،

---

(١) في المخطوط (عرضهم).

(٢) هكذا بالمخطوط.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٤٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٤؛ والأم ٦/ ٤٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٥.

دليله: لو قتله ليأكله من ضرورة الجوع، أو قصدهما سبع فأخذ أحدهما صاحبه وألقاه بين يديه حتىٰ افترسه وتخلص هو، تعلق حكم القتل عليه، وكذلك لو كانا في سفينة فأشرفت علىٰ الغرق [و](١) رمىٰ أحدهما صاحبه إلىٰ الماء وغرقه ونجا، تعلق حكم القتل عليه(٢)، كذلك هاهنا، ولا يلزم عليه إذا قتله دفعاً عن نفسه، لأنه لم يقتله ظلماً، ولا يلزم عليه إذا أمره الإمام بقتله فقتله يعتقد أن الإمام أمره بحق فبان أنه باطل(٣)، أنه لا قود عليه إذا قتل ابنه، أو قتل عبداً، أو ذمياً لوجهين، أحدهما: قوله: «من يكافئه».

والثاني: قولنا: «فكان حكمه كما لو ابتدأ قتله» ولو ابتدأ قتل هؤلاء من غير إكراه لم يجب القصاص، ولايلزم عليه إذا قال له: اقتلني وإلا قتلتك، فقتله لا قصاص عليه لوجهين، أحدهما: أنه غير ظالم له بالقتل، وإنما [المقتول](٤) الظالم لنفسه، لأنه ألجأه إلىٰ قتله، فهو كما لو صال عليه فقتله دفعاً عن نفسه لم يكن ظالماً.

والثاني: قولنا: «فكان حكمه كما لو ابتدأه». وهناك لو قال ابتداء من غير إكراه: اقتلني. لم يلزمه قصاص، كذلك إذا أكرهه علىٰ قتله، ولايلزم عليه إذا أكره عبد غيره علىٰ قتل عبده أن القصاص يسقط عن عبد الغير، لأنه لو قال له ابتداء من غير إكراه: اقتله. لم يلزمه القصاص، وكل حكم تعلق بالقتل المختار

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: المغني ١١/ ٤٥٠.

(٣) انظر: المرجع السابق ١١/ ٥٩٩.

(٤) ساقط من المخطوط.

وجب أن يتعلق بالقتل على الاختيار كالمأثم.

ولا معنى لقولهم: إن المأثم يثبت بقتل الأب ابنه، والسيد عبده، والمسلم الكافر. لأن هناك التكافؤ معدوم، وهاهنا موجود.

[١٦٧٩/١١] **مسألة:** إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل، فقتله الحاكم، ثم رجعا [عن][١] الشهادة [و][٢] قالا: عمدنا بالشهادة عليه لنقتله. لزمهما القود[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قود عليهما، وعليهما الدية[٤].

/ لما تقدم من حديث علي: «لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما» ثم أغرمهما.[٥]. [١٦٧]

ولأن الشاهد قد حصل منه قتل العمد، وهو ممن يلزمه القصاص بالقتل، فوجب عليه القصاص، كالمباشر، والذي يدل على صحة هذا: أنه يضاف القتل إليهما، وتلزمهما الدية، واعترفا بالتعمد إلى سبب يصح قصد النفس به، فهو كما لو رمى مبهما فأمات إنساناً، ثم اعترف بأنه قصد قتله، ولايلزم على هذا حافر البئر، وناصب السكين، لأن القصد إلى القتل لايمكن.

[١٦٨٠/١٢] **مسألة:** إذا قتل مرتد ذمياً لزمه [القصاص][٦]. ذكره أبوبكر[٧].

---

(١) في المخطوط (إلى).

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٣٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٠.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٤؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٣٩.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) ورجحه المزني من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٤٥؛ والأم ٦/ ٥٠، وتكملة المجموع ١٨/ ٣٥٥.

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا قصاص[١].

لأنه كافر جاز أن يقاد بكافر دليله: النصراني في حق النصراني، يؤكد صحة هذا: أن النصراني يقر على كفره، والمرتد لا يقر، فبأن يلزمه القود أولى.

[١٦٨١/١٣] **مسألة:** إذا أمسك رجل رجلاً، وقتله آخر، فالقود على القاتل، ويحبس الماسك حتى يموت[٢].

خلافاً لمالك، والثانية: يقتلان جميعاً[٣].

لما روى إسماعيل بن أبي أمية قال: قضى رسول الله ﷺ في رجل أمسك رجلاً وقتله آخر أن يقتل القاتل ويحبس الممسك»[٤].

ولأنها مباشرة صارت سبباً غير مُلجِئٍ، فوجب القود على المباشر دون صاحب السبب، كما لو حفر بئراً، أو نصب سكيناً، ثم جاء رجل فدفع رجلاً في البئر، أو على السكين فمات، فإن القود يجب على الدافع دون الناصب والحافر،

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٢١٣؛ وروضة الطالبين ٧/٢٧.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٦٥؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/٣٤٢؛ وتكملة المجموع١٨/ ٣٨٠.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/٣٨٤؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ٩؛ ورؤوس المسائل ٣/١٠٨٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/٣٤٢.

(٤) رواه عبدالرازق في العقول: باب الذي يمسك الرجل على الرجل فيقتله (١٧٨٩٥) المصنف ٩/٤٢٨، وابن أبي شيبة في الديات: الرجل يقتل الرجل ويمسكه آخر (٧٨٤٥) المصنف ٩/ ٣٧٢-٣٧٣، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٧٤)، (١٧٦) ٣/ ١٣٩-١٤٠، والبيهقي في الجنايات: باب الرجل يحبس الرجل للآخر فيقتله. السنن الكبرى ٨/ ٥٠. الجميع من طريق سفيان الثوري، عن إسماعيل بن أمية. قال البيهقي: هذا الحديث مرسل، وهو الصواب. قال ابن التركمان: صحح ابن القطان رفعه، وقال: إسماعيل من الثقات فلا يعد رفعه مرة وإرساله أخرى اضطراباً إذ يجوز للحافظ أن يرسل الحديث عند المذاكرة، فإذا أراد التحميل أسنده. انظر: الجوهر النقي لابن التركماني بهامش السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٥٠.

ولا يلزم عليه إذا شهدا على رجل بالقتل، ثم رجعا أن القصاص عليهما دون المباشر، لأن السبب هناك ملجيء، لأنهما الجآ الحاكم بشهادتهما إلى القتل.

[١٦٨٣/١٥] **مسألة:** ويحبس الماسك حتى يموت[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يجب حبسه، بل يعزر[٢] [٣].

لما تقدم من قول النبي ﷺ: «يقتل القاتل ويحبس الممسك»، وفي لفظ آخر «ويصبر القاتل»[٤].

ولأنه حبسه على الموت، أو حبسه حتى مات، فوجب أن يحبس، دليله: إذا حبس رجلاً ومنعه الطعام و الشراب حتى مات، فإنه يحبس الحابس له حتى يموت، هذا عند الشافعي، لأنه يعتبر المماثلة.[٥].

ولا معنى لقولهم: إنما حبسناه هناك، لأنه قاتل فيستوفي القصاص بمثل ما قتل. وهذا ليس بقاتل، بدليل: أنه لا يقتل ولا يغرم الدية، لأنه إن لم يكن قاتلاً، فإنه يستحق التعزير، ولا يمتنع أن يكون التعزير من جنس فعله، كما جاز أن يكون القصاص من جنس فعله، لأن كل واحد منهما سبب لاستحقاق العقوبة، ولا يلزمنا أن نقول هذا في كل تعزير، كما لم يلزمنا أن نقول في كل / قاتل، بل في القتلة من يتعين عليه بمثل فعله، وهو إذا قتل بالسيف، ومنهم من لا يتعين،

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٠٦٥؛ والمغني ١١/ ٥٩٦.

(٢) انظر: الأم ٦/ ٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٤.

(٣) لم أعثر على رأي أبي حنيفة في هذه المسألة.

(٤) أي يحبس الذي حبسه للموت حتى يموت كفعله به. انظر: النهاية في غريب الحديث ٣/ ٨.

(٥)انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٢١٩.

وهو إذا قتل بغيره، وكما قالوا: إذا قتله بالخمر، وفعل اللواط[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إن المعنىٰ في الأصل أنه يمنع الطعام، وهذا لا يمنع، لأنه غير ممتنع أن لا يكون حبساً يقتضي منع الطعام، كالحبس في حد الزاني.

[١٦٨١/١٤] **مسألة:** لولي الدم أن يعفوا عن القود إلىٰ الدية من غير اعتبار رضا الجاني، سواء قلنا إن الواجب بالقتل القود فحسب، أو قلنا الواجب أحد أمرين: القود، أو الدية[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس لهم ذلك إلا برضىٰ الجاني[٣].

لما روىٰ أبوشريح الكعبي أن رسول الله ﷺ: قال في خبر طويل قال فيه: «يامعشر خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل، وأنا عاقله فمن قتل بعده فأولياء المقتول بين خيرتين، إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذ العقل»[٤]. فجعل ذلك إلىٰ محبة أولياء المقتول، ولم يشترط رضا القاتل، ولا يصح أن يضمن فيه رضا القاتل، لأنا لو اعتبرنا رضا (القاتل)[٥] لم يكن الخيار إليهم.

ولأن كل من ثبت له القصاص علىٰ غير ملكه كان له أن يعفو منه علىٰ مال بغير رضا من عليه القصاص، دليله: إذا قطع يداً كاملة الأصابع، ويد القاطع

---

(١) انظر: المغني ١١/٥٠٨-٥٠٩، والتنبيه في الفقه الشافعي ص٢١٩.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٥٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٤؛ والكافي في فقه المدينة المالكي ٢/ ٣٨٦، والأم ٦/ ١٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠١؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٤١.

(٤) رواه البخاري في الديات: باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين (٦٨٨٠) ٤/ ٢٦٨.

(٥) بالمخطوط (المقتول) والصحيح ما أثبت.

ناقصة، أو شج رأس رجل، ورأس المشجوج كبير، ورأس الشاج صغير، فإنه بالخيار إن شاء طالب بالقصاص، وإن شاء عفا عنه على دية اليد، وأرش الموضحة، ولايلزم عليه إذا قطع عبده يده أن للسيد أن يقتص منه، وليس له أن يعفو على مال، لقولنا: «على غير ملكه». وهذا يثبت له القصاص على ملكه، وإذاً يلزم عليه إذا قطع يدي رجل، ثم قتله، فجاء الولي فقطع يديه، وقلنا: له أن يفعل ذلك. فقد ثبت له أن يضرب عنقه بعد القطع، ولو عفا الولي فالدية بغير رضا الجاني لم يصح، لأن هذا القصاص كان له أن يعفو عنه على مال، وإنما سقط ذلك باستبقاء اليدين، لأنه استوفى ما قيمته الدية، فلم يجز له أن يأخذ دية أخرى، كما إذا قتله ولم يقطع اليدين لم يجز له أن يأخذ دية اليدين، لأنه استوفى ماقيمته الدية باستبقاء النفس. ونحن نصبنا التعليل لجواز أن يعفو على مال بغير من عليه، وهذا كان له ذلك فهو طرد.

ولا معنى لقولهم: إنه لايصل إلى حقه من القصاص على التمام والوفاء، وهاهنا يصل إلى حقه من القصاص على التمام. لأن علة الأصل تبطل بالواحد إذا قتل جماعة، فإن أولياء المقتولين لايتوصلوا بقتله إلى كمال حقهم، وليس لهم أن يعفوا عن القود إلى الدية على الذي ثبت له القصاص فيما وجد من اليد، وثبت فيما بعد الأرش، وكذلك ثبت له القصاص / في قدر رأسه من الموضحة، وثبت [١٦٩] له الأرش بقدر ما تقدر من موضحة المجني عليه، فإذا كان كذلك كان الذي ثبت له من الحق يصل إليه على التمام والوفاء لم يصح ما قاله، وعلى أنه لو كان ذلك النقصان حقه وبقدره لكان يختص ذلك بما تقدر منه ولايجوز العدول عما تيسر

منه، ألا ترىٰ أنه إذا أتلف عليه قفيزين من طعام جيد وقد وجد مثله قفيز واحد ولم يوجد القفيز الآخر، أخذ القفيز الموجود وقيمة القفيز المفقود[١].

[١٦٨٤/١٦] **مسألة:** الواجب بقتل العمد أحد شيئين: القود، أو الدية[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي، والثانية: الواجب القود[٣].

وفائدة الخلاف: أنا إذا قلنا: الواجب أحد شيئين فمن عفا مطلقاً ثبت له الدية، وإذا قلنا: الواجب القود. ننظر فمتىٰ عفا مطلقاً [لم][٤] (تثبت)[٥] له الدية.

لما تقدم[٦] من حديث أبوشريح: «من قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا، وإن أحبو أخذوا الدية» فخير بين القتل وأخذ الدية، وظاهر التخيير يقتضي تساوىٰ حال ما خير فيه في الوجوب، وأن يكون كل واحد منهما أصل في نفسه، كما أن المكفر كفارة يمين لما خير بين الإطعام والكسوة والإعتاق، فإن كل واحد منهم أصل بنفسه.

---

(١) انظر: المغني ٦/ ٣٣٧.

(٢) هذا هو المذهب عندالحنابلة، وأحد القولين للشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٥٩-٢٦٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٥؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٦٠؛ والأم ٦/ ١٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٢؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٧؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٥٩-, ٢٦٠

(٤) ساقط من المخطوط. انظر: المغني ١١/ ٥٩٢-٥٩٣.

(٥) في المخطوط (ثبت).

(٦) في المسألة السابقة.

ولأنه لو كان الواجب بالقتل القود (فحسب)[١] لما جاز العدول عنه إلىٰ الدية إلا برضا الجاني، كما أن من أتلف ثوباً فإنه لما لزمه بدل واحد لم يجز العدول عنه إلىٰ غيره إلا برضا من يلزمه ذلك، فلما لم يعتبر رضا الجاني في العدول إلىٰ الدية ثبت أنها واجبة.

[١٦٨٥/١٧] **مسألة**: كل من ورث المال ورث القود، فيدخل فيه النساء ويصح عفوهم عن القصاص، كالرجال[٢].

خلافاً لمالك في قوله: لا مدخل للنساء في إرث القصاص، ويختص بالعصبات[٣].

لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال: [علي] المقتتلين [أن ينحجزوا][٤] والأولياء الأول فالأول وإن كانت امرأة»[٥].

وقوله: «ينحجزوا»[٦] معناه: يكفوا ويتركوا القود، ولو كانت امرأة، وكل من ورث الدية ورث القود، كالرجال.

[١٦٨٦/١٨] **مسألة**: إذا كان في الورثة صغيراً، أو مجنوناً لم يكن للباقين أن

---

(١) في المخطوط (حسب).

(٢) وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٥؛ والمغني ١١/ ٥٨١؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٤٢؛ والأم ٦/ ١٣.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٧؛ والإستذكار ٢٥/ ٢٧٩.

(٤) ساقط من المخطوط..

(٥) في المخطوط (الأولياء) والصحيح ما أثبت. انظر: سنن أبي داود ٤/ ١٨١.

(٦) رواه أبو داود في كتاب الديات: باب عفو النساء عن الدم (٤٥٣٨). سنن أبي داود ٤/ ١٨١. وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن أبي داود ٤٥٥.

يقتصوا حتىٰ يبلغ الصغير، ويفيق المجنون[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية: للكبير أن يقتص ولا ينتظر بلوغ الصبي ولا إفاقة المجنون[٢].

لأنه قود ثابت لجماعة معينين، فلم يتحتم استيفاؤه، فلا يجوز لبعضهم أن ينفرد باستيفائه، أصله: إذا كان بعضهم غائباً وأراد الحاضر أن يتفرد باستيفائه لم يكن له[٣].

وقولنا: «لمعينين» احتراز من المقتول إذا لم يكن له وارث، وكان القود لجماعة المسلمين، فإن للإمام أن يستوفي القصاص، وإن كان فيهم صغار وكبار وعقلاء ومجانين.

وقولنا: «لم يتحتم استيفاؤه» احتراز من قطاع الطريق إذا قتلوا رجلاً وفي ورثته صغير أو مجنون، فإنه يقتل ولا ينتظر / بلوغه ولا إفاقته[٤]، لأن قتله متحتم [١٧٠] لا يجوز إسقاطه، ولا يصح العفو عنه.

ولا معنىٰ لقولهم: إن التغليب يجوز أن يكون قد عفا، وهذا معدوم في الصغير والمجنون. لأن علة الفرع تبطل بمسائل، منها: إذا كان العبد بين صغير

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٥؛ والمغني ١١/ ٥٧٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٥٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٨٣؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٥٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٧ـ٣٨٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٥.

(٣) انظر: المغني ١١/ ٥٧٦.

(٤) انظر المرجع السابق ١٢/ ٤٩٠ـ٤٩١.

وكبير فقتل، فإنه لا يستوفي القود للصغير حتىٰ يبلغ، وإن كان الصغير لم يؤخذ منه العفو، وكذلك إذا كانا حاضرين لم يجز لأحدهما أن يستوفي القصاص وإن لم يعلم العفو من الشريك، وكذلك إذا كان منهم غائب فطالب الحاضر عقيب القتل بالقصاص في وقت يعلم أن الخبر لم يبلغ الغائب، ولا كان منه عفو لم يكن له ذلك، وإن لم يعلم العفو من الشريك، وعلىٰ أن الأصل أنه لم يعف عنه، ولم يسقط حقه، فلما منع من الاستيفاء علم أن العلة فيه ما ذكرنا، وهو أنه ينفرد بالاستيفاء بعض الورثة.

ولأنه لا يخلو أن يكون القصاص كله للكبير أولهما، ولا يجوز أن يكون جميعه للكبير، لأنه لو كان كذلك وجب إذا عفا أن يسقط حق الصغير، فلما لم يبطل حق للصغير فالأعلم أن الدم بينهما، فإذا ثبت أنه بينهما لم يجز للكبير أن يستوفيه لنفسه وللصغير، لأنه لا ولاية له عليه بدلا[لة][1] أنه لا يستوفي له القصاص الذي ينفرد به، ولا يجوز أن يستوفيه لنفسه، كأنه لا يملكه.

[**١٦٨٧/١٩**] **مسألة**: إذا كان القصاص للصغير لم يكن لأبيه أن يستوفيه قبل بلوغه سواء كان شريكاً له فيه، مثل: أن تقتل امرأة لها زوج وابن منه، فيكون للزوج الربع، والباقي للابن، أو لايكون شريكاً، ويكون جميعه للصغير، مثل: أن تكون المقتولة مطلقة من زوجها، فيكون جميع القود للابن، فلا يجوز للأب استيفاء ذلك في الموضعين بناء علىٰ المسألة التي تقدمت إذا [كان][2] في الورثة

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) ساقط من المخطوط.

صغار وكبار لم يقتص الكبار حتىٰ يبلغ الصغار[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: له ذلك[٢].

لأنه قود لمعين غير متحتم، فوجب أن لا يجوز استيفاؤه بغير إذنه، أصله: إذا كان لعاقل بالغ، فإنه لا يجوز لأحد أن يستوفيه بغير إذنه، ولا يلزم عليه إذا قتل من لا وراث له أنه يجوز للإمام استيفاؤه للمسلمين، لأن القصاص لغير معين، ولايلزم عليه المقتول في المحاربة، لأن للإمام قتله، وإن كان في الورثة صغار، لأن القتل هناك متحتم.

ولأن من لا يصح منه العفو لا يصح منه استيفاؤه، دليله: الوصي[٣]، يبين صحة هذا: أن القصاص بمنزلة العفو، لأن كل واحد منهما اتلاف، وأخذ الدية تمليك وتحصيل مال وليس بإتلاف.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ولاية الوصي تثبت بتوليه، وولاية الأب بغير توليه، لأن القصاص فيما دون النفس يستوفيه الوصي، فالحكم عند أبي حنيفة وإن كان ولايته بتوليه، كذلك في النفس.

[٢٠/١٦٨٨] **مسألة:** إذا قتل الواحد / جماعة فحضر أولياء الجميع وطلبوا [١٧١] القصاص قتل [لجميعهم][٤] ولا دية عليه، وإن طلب بعضهم القود وبعضهم الدية

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٦؛ والمغني ١١/ ٥٧٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٨٣؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٤٢.

(٢) وقال به مالك. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٦؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٨٦؛ المدونة ٤/ ٥٠٢.

(٣) انظر: المغني ١١/ ٥٧٧.

(٤) في المخطوط (جميعهم).

قتل لمن طلب القصاص، ووجبت الدية لمن طلب الدية، سواء كان الطالب الدية ولي المقتول أولاً أوثانياً[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يقتل بهم كلهم ولا يجب عليه شيء آخر سواء طلب جميعهم القود، أو طلب بعضهم القود وبعضهم الدية[٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن قتل واحداً بعد واحد قتل بالأول وللباقين الدية، وإن قتلهم في حالة واحدة أقرع بين أولياء المقتولين فأيهم خرجت قرعته قتل، وانتقل حق الباقين إلى الدية سواء طالب الجميع بالقود ورضوا به، أو طالب بعضهم بالقود وبعضهم بالدية، فعنده أن رضا الجميع بالقود لا يسقط الحق من الدية (للمتأخر)[٣] منهما[٤].

فالدلالة على أبي حنيفة، ومالك: أنه إذا طالب بعضهم بالقود وبعضهم بالدية كان لهم ذلك (أنها)[٥] جنايات لو كانت خطأ لم تتداخل، كذلك إذا كانت عمداً، دليله: إذا قطع يميني رجلين، فإنه يقطع لأحدهما ويغرم للآخر عند أبي حنيفة[٦]، ولا يلزم عليه إذا طالبا جميعاً القصاص أنه لا دية لهما، لأنه هناك لم يتداخل الحقان، وإنما حصل لكل واحد منهما نصف حقه من القصاص وأسقط

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٦؛ والمغني ١١/ ٥٢٦.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٥.

(٣) في المخطوط (للمهاجر) ويظهر لي صحة ما أثبت.

(٤) انظر: الأم ٦/ ٢٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٨٧.

(٥) في المخطوط (إنما).

(٦) انظر: ملتقى الأبحر ٢/ ٢٩٠.

حقه من الثاني، كما لو قطع أشل يداً صحيحة، فاختار المقطوعة يده القصاص، فإنه لا يكون له زيادة عليها، لأنه اختار إسقاط حقه من الزيادة، وكل جناية لو كانت على الأطراف لم تتداخل، كذلك إذا كانت على الأنفس[(١)]، قياساً على الخطأ، ولايلزم عليه إذا طلب الجميع القصاص أنه يسقط حقهم من الدية[(٢)]، لأننا نقول في ذلك ما نقوله في الأطراف سواء، وأنه لم تتداخل ولهما إسقاط كل واحد منهم حقه، فهو كما لو [لم][(٣)] تقطع اليد الشلاء.

ولا معنى لقولهم: إن حقهم في الخطأ المال، (والمال)[(٤)] يتسع لحقوقهم، وهاهنا حقهم القود فيقتل لجماعتهم، لأنه تدخل الجناية على الأطراف، فإن حقهم القود في هذه اليمين ومع هذا فإنه يقطع لبعضهم ويغرم لبعضهم.

والدلالة على أنه إذا طالب الجميع بالقصاص يسقط حقهم من الدية: هو أن النقصان قد ثبت لولي كل واحد من المقتولين على الانفراد[(٥)]، بدليل: أنه لو عفا ولي المقتول الأول وجب القصاص لولي الثاني، ولو سبق الثاني فقتل القاتل كان آخذاً لحقه، فإذا رضيا جميعاً بالقصاص فقد رضى كل واحد منهما بنصف حقه بعد ثبوته واسقاط الباقي، فيجب أن يسقط / كما قلنا في أشل قطع يداً صحيحة، [١٧٢] فالمجني عليه بالخيار بين أخذ الدية وهو بدل يده، وبين القصاص من الشلاء ولا

(١) انظر: المغني ١١/ ٥٢٧.
(٢) انظر: المغني ١١/ ٥٢٧.
(٣) ساقط من المخطوط.
(٤) في المخطوط (ولما).
(٥) انظر: المغني ١١/ ٥٢٧.

شيء له، لأنه رضي بدون حقه.

ولأن القصاص لا يتبعض، وإذا ثبت لجماعة لم يثبت مرتباً، دليله: حد القذف، وولاية النكاح، وذلك أن رجلاً لو قُذِفْ، وطالب، ومات، وله جماعة أولاد، فإن الحد يثبت لجماعتهم غير مرتب، وكذلك ولاية النكاح إذا ثبت لأخوين، أو عمين.

ولا معنى لقولهم: إن هناك سببه لا يثبت مترتباً، والقصاص سببه يثبت مترتباً، وهو أن يقتل واحداً بعد واحد، وولاية النكاح سببها النسب وغير مرتب. لأنه قد ثبتت الولاية مترتبة، وهو أن يكون لها ثلاثة أخوة، أحدهم بالغ، والآخر مجنون، والآخر صغير، فإن الكبير العاقل له الولاية، فلو عقل المجنون وبلغ الصبي (لجددنا)[1] لهما ولاية، ثم الجميع سواء من غير ترتيب، وعلى أنه لو قتل الجماعة في حالة واحدة ترتب القصاص عندهم وإن كان سببه غير مترتب.

[١٦٨٩/٢١] **مسألة:** إذا قطع يميني رجلين، وطلبا القصاص قطع لهما، ولا دية عليه، وإن طلب أحدهما القصاص والآخر الدية، قطع لمن طلب القصاص، وأخذت الدية للآخر، فالحكم في قصاص الطرف كالحكم في قصاص النفس[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تقطع يمينه لهما، ويغرم دية يد بينهما[3].

وخلافاً للشافعي في قوله: تقطع يمينه للأول، ويغرم الدية للثاني، وإن كان

(١) في المخطوط (لجددن)

(٢) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٧؛ والمغني ١١/ ٥٢٨؛ والذخيرة ١٢/ ٣٢٢.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٣؛ وشرح العناية بهامش فتح القدير ١٠/ ٢٦٤.

القطع معا أقرع بينهما، فأيهما خرجت قرعته قطعت له، وللآخر دية اليد [١].

فالحكم عنده في قصاص الطرف كالحكم في قصاص النفس، وإنما فرق أبو حنيفة بين قصاص النفس والطرف، [فأوجب في القصاص في النفس] [٢] للجماعة على الواحد القصاص فقط، وفي قصاص الطرف أوجب القصاص والدية.

والدلالة عليه: أنه قصاص واجب لرجلين في غير واحد، فوجب أن لا يتبعض حق كل واحد منهما من القصاص والدية، أصله: إذا قتل رجلين، فإنه يقتل بهما، ولايجب (عليه) [٣] شيء عند أبي حنيفة، وعندنا إن طلب القصاص قتل لهما، ولايجب شيء من الدية، وإذا طالب أحدهما قتل لأحدهما، ويؤخذ من ماله دية للآخر، ولايجوز التبعيض بالإجماع.

والدلالة على أنهما إذا حضرا وطلبا القصاص أنه يقتص لهما ولا دية: ما تقدم في التي قبلها، وهو أن القصاص ثبت لهما، بدليل: أنه لو عفا المقطوعة يده ولا وجب / القصاص للثاني، ولو سبق الثاني فقطع يد الجاني كان آخذاً لحقه، [١٧٣] وإذا ثبت لهما، فإذا رضيا بالقصاص فقد رضى كل واحد منهما بدون حقه، فيجب أن يسقط بقية حقه من البدل، كالقاطع إذا كان أشل اليد والمقطوعة سالمة، فإنه إذا رضى بأخذها سقط حقه من الدية.

[**١٦٩٠/٢٢**] **مسألة**: إذا قطع يد رجل، ثم قتل آخر، قطع بالأول، وقتل

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٨٧؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٣٤-٤٣٥

(٢) زيادة من المحقق لإتمام المعنى.

(٣) في المخطوط (له).

بالثاني، وكذلك لو قتل رجلاً وقطع يد آخر، قطع وقتل[١].

خلافاً لمالك في قوله: يقتل ولا يقطع[٢].

لأنهما حقان لآدميين يمكن استيفاؤهما، فلم يتداخلا، كالدين لرجلين، ولا يلزم عليه إذا قطع يد رجل ثم قتله أنه يقتل ولا تقطع يده على أحد الروايتين، لأن الحق هناك لواحد.

[١٦٩١/٢٣] **مسألة:** إذا مات القاتل وجبت الدية في ماله[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يسقط القصاص بغير عوض[٤].

لأن حقه سقط من القصاص بغير اختياره، فوجب له الدية في مال القاتل، ولايلزم عليه [العبد][٥] إذا قتل ثم مات، لأن العبد لا مال له، وحكم العلة وجوب الدية في مال القاتل، وكذلك لا يلزم عليه الحر المعسر، لأنه ليس هناك مال.

ولا معنى لقولهم: إنه إذا مات فإنه لايجوز أن يجب عليه الدين بعد موته. لأنه يجوز أن يتجدد الوجوب بعد الموت إذا كان سبب الوجوب سابقاً في حال

---

(١) وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٧؛ والمغني ١١/ ٥٢٩؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٩٠؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٣٤.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٥؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ٣٠.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٦١-٣٦٢؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٦٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٤٦؛ الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٣؛ وشرح العناية بهامش فتح القدير ١٠/ ٢٤٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٥؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ٢٨.

(٥) ساقط من المخطوط.

الحياة، كما قلنا في حافر البئر في الطريق إذا مات، ووقع فيها إنسان ومات، لأن النفس متلف له مثل، فإذا تعذر المثل وجبت [الدية إن كان حراً، والقيمة إن كان رقيقاً][(١)] كالمتلفات.

ولأنه أحد نوعي القصاص، فإذا سقط بغير اختياره وجبت الدية في ماله، دليله: القصاص الطرف إذا تعذر استيفاؤه.

[**١٦٩٢/٢٤**] **مسألة:** السراية[(٢)] من القصاص غير [مضمونة][(٣)]. [(٤)]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: السراية مضمونة يتحملها عاقلة المقتص[(٥)].

لأنها عقوبة مستحقة، فوجب أن تكون سرايتها غير مضمونة، أصله: القطع في السرقة، ولايلزم عليه إذا ضرب الزوج زوجته، والأب ابنه، والمعلم الصبي، وأن السراية غير مضمونة عندنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الإمام لا يأخذ يد السارق لنفسه، ولا للمسروق منه، ولا للمسلمين، وإنما يأخذها لمنفعة تعود إلىٰ السارق وهو أن ينزجر به والمقتص يأخذلنفسه فكان الضمان عليه. لأن علة الأصل تبطل بضرب الوالد ولده، لأنها

---

(١) زيادة من المحقق لم تذكر بالمخطوط، وذلك لإتمام المعنىٰ.

(٢) معناه: أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه، فاستوفىٰ منه المجني عليه، ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء، لم يلزم المستوفي شيئاً. انظر: المغني ١١/ ٥٦١.

(٣) في المخطوط (مضمون).

(٤) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٨؛ والمغني ١١/ ٥٦١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٠٨؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٥٩.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٧؛ وشرح العناية بهامش فتح القدير ١٠/ ٢٥٨-٢٥٩.

لمنفعة الولد لتأديبه وتعليمه، وكذلك ضرب المعلم الصبيان لمنفعة الصبي، ومع هذا فإن الأب والمعلم يضمنان عند المخالف، وعلىٰ أن قطع يد السارق تعود لمنفعة جماعة المسلمين، فإنه لحراسة أموالهم وصيانتها، وعلة الفرع تبطل به إذا ضرب من طلب / دمه أو ماله، فإنه يضرب لمنفعة نفسه، ومع ذلك فلا ضمان عليه[1]. [١٧٤]

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك القطع لحق الله فلو ضمنت سرايته وقف الإمام عند استيفائه خوف الضمان، فلا يجوز، وهاهنا يستوفيه لحق نفسه، ويجوز له ترك ذلك. لأنه كان يجب أن يثبت الضمان في القطع ويجعل في بيت المال، لأنه وكيل للمسلمين، أو علىٰ عاقلته، لأنه من خطئه، ولا يكون [في][2] ماله، فلا يؤدي إلىٰ الامتناع.

وقوله: «وعلة الفرع» يجوز تركه، فليس إذا جاز تركه كان ضامناً، ألا ترىٰ أن من ضرب رجلاً ليدفع عن ماله، فإنه استوفىٰ حق نفسه، ومع هذا فلا ضمان عليه[3].

[**١٦٩٣/٢٥**] **مسألة**: إذا قطع يد رجل، أو رجله، أو أوضحه فسرىٰ إلىٰ نفسه وجب القصاص في النفس وسقط حكم ما دون النفس رواية واحدة، وإذا قطع ثم قتله ففيه روايتان، أحدهما: أنه يجب القصاص في النفس، ويسقط حكم ما دونها أيضاً، وهو أصح، والثانية: تقطع يده ويقتل[4].

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٣٣.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٥٣٣.

(٤) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٨؛ والمغني ١١/ ٥٦٢؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ٢/ ٣٨٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن قطع يده فسرت إلىٰ نفسه قتل ولم تقطع يده، وإن قطع يده وأوضحه[١] فسرت إلىٰ نفسه فللولي أن يقطع يده ويوضحه، فإن مات منه وإلا ضرب رقبته، وإن شاء ضرب رقبته ولم يقطع يده، وإن قطع يده ثم قتله كان للولي قطع يده وضرب عنقه[٢].

فالدلالة علىٰ أبي حنيفة: أن كل من استحق القصاص في النفس جاز أن لا يملك القصاص في الطرف، دليله: إذا قطع يده فسرت إلىٰ نفسه، ولا يلزم عليه إذا قطع يده فاندملت وقتله، لأن التعليل للجواز.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الجناية والسراية في حكم جناية واحدة، فلهذا سقط حكم ما دون النفس، وإذا قطع ثم قتل. لأنهما جنايتان يجوز أن تكون إحداهما عمداً (والأخرىٰ)[٣] خطأ، فلم يدخل حكم إحداهما في الأخرىٰ، لأن السراية بمنزلة فعل مستأنف، وأنهما في حكم الجنايتين، أنه قد تكون الجناية مضمونة، والسراية غير مضمونة، وهو إذا قطع يد مسلم، فارتد، فسرت إلىٰ عضو آخر، ثم أسلم، لم يضمن تلك السراية، وضمن الجناية[٤].

ولا معنىٰ لقولهم: إن الجناية والسراية فعل واحد، فلو قطع يده فلم يمت، وجب أن يقتله فيؤدي إلىٰ ترك المماثلة، فلذلك لم يجز، وإذا قطع يده ثم قتله لم

---

(١) الموضحة: هي التي توضح العظم: أي تبرزه. انظر: أنيس الفقهاء ص٢٩٤، الدر النقي ٣/ ٧٣٢.

(٢) وبه قال الشافعية انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٤؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٤٨-٢٤٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٩٨.

(٣) في المخطوط (الآخر).

(٤) انظر: المغني ١١/ ٥٢٦.

يعدل عن المماثلة بالقطع والقتل. لأنه إذا ضرب عنقه ابتداء أدىٰ إلىٰ ترك المماثلة، لأن الجاني لم يفعل به ذلك، وإنما قطع يده، تقطع يده أولاً أقرب إلىٰ المماثلة، لأنه إن مات بها [كان][1] مثل فعله، / وإن لم يمت عدل إلىٰ ضرب العنق. [١٧٥]

[١٦٩٤/٢٦] **مسألة:** العامد إذا شارك الخاطيء في القتل لم يلزمه القصاص في النفس[2].

خلافاً لمالك، والثانية: إن العامد يقتل بمشاركة الخاطيء[3].

لأن الإسقاط والإيجاب إذا اجتمعا في قصاص واحد غلب الإسقاط، كالحر يقتل من نصفه حر ونصفه عبد، فإنه يغلب الإسقاط، فلا يقاد الحر به[4]، ولا يلزم علىٰ هذا الأب إذا شارك العامد أنا لانغلب الإسقاط في حق الأجنبي، لأن فعل الأب في الجملة موجب للقتل، بدليل: أنه إذا وجد في حق الغير أوجب، والخطأ في الجملة لا يوجب.

[١٦٩٥/٢٧] **مسألة:** إذا اشترك الأجنبي والأب في قتل الابن وجب

---

(١) في المخطوط (كل).

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٦١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٤٤؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٣٥؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٨٦؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٦٧.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٤؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٦١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٩.

(٤) انظر: الإقناع ٤/ ١٧٤-١٧٥.

القصاص على الأجنبي ولم يجب على الأب[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قصاص على واحد منهما[٢].

لأنها روح خرجت عن عمد محض مضمون فلزم القود إذا كافأ دم المقتول دم القاتل كالعامدين إذا اشتركا في القتل، ولا يلزم عليه إذا اشترك العامد والخاطي، لأن الروح لم تخرج عن عمد محض، وإنما خرجت عن عمد وخطأ.

ولا معنى لقولهم: إن كل واحد منهما لو انفرد بالقتل وجب عليه القصاص، وهاهنا لو انفرد أحدهما بالقتل لم يجب عليه، فإذا شارك غيره لم يجب عليه. لأن علة الفرع تبطل بمن جرح رجلاً جرحاً لا قصاص فيه فقال المجروح: عفوت عن هذه الجناية وما يحدث فيها ويجب فيها من عقل وقود. ثم جرحه آخر ومات المجروح، فإن القود يجب على أحدهما وهو الثاني، وإن كان أحدهما لو انفرد بالقتل لم يجب عليه، وهو المعفو عنه[٣].

ولأنه شارك من سقط عنه القود لا لمعنى في فعله، فوجب أن يلزمه القود، دليله: إذا قتله رجلان فعفا عن أحدهما، فإن الآخر لا يسقط عنه القود[٤]، ولا يلزم عليه إذا شارك العامد الخاطي، لأنه شارك من سقط عنه القصاص لمعنى في فعله، وهو عدم القصد، فتكون الروح خرجت عن سراية

---

(١) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٤٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٣؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٣٦٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٥؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٨٦.

(٣) انظر: المغني ١١/ ٥٩١.

(٤) انظر: المغني ١١/ ٥٩١.

فعلين أحدهما يوجب القصاص، والآخر لا يوجبه، فلا يجب القصاص، وفي الأب سقط لا لمعنىٰ في فعله، لكن (لمعنىٰ)[1] في نفسه، وهو الأبوة، فهو كما لو سقط القصاص عن أحدهما لأجل العفو، فإنه لمعنىٰ في نفسه لا لمعنىٰ في فعله، ولا يصح أن يقال بسقوط القصاص عن الخاطي لمعنىٰ فيه، وهو الخطأ، لأن الخطأ وإن كان عدم القصد، فإن ذلك صفة ترجع إلىٰ الفعل، يبين صحة هذا: أنه لو لم يكن صفة ترجع إلىٰ الفعل لم يتنوع القتل، فسمىٰ مرة خطأ، ومرة عمداً، ألا ترىٰ أن فعل الأب لما لم يختص بمعنىٰ في الفعل لم يوصف / فعل الأب بشيء لا [١٧٦] يوصف به فعل الأجنبي سوىٰ الإضافة إلىٰ الأب، كالإضافة إلىٰ الأجنبي.

[**١٦٩٦/٢٨**] **مسألة**: عمد الصبي في حكم الخطأ تجب به الدية علىٰ عاقلته مخففة[2].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: هو في حكم العمد تجب الدية في ماله مغلظة[3].

لأنه فعل لا يتعلق به قود، والدية في ماله، لأن ذلك الفعل يتعلق به قود بحال، وهو في حق الأجنبي، وفعل الصبي لا يتعلق به قود بحال، ولأن الأحكام المختصة بالعمد المأثم والقود، وهي لاتتعلق بهذا الفعل فصار كالخطأ.

---

(١) في المخطوط (معنىٰ).

(٢) وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٨٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٥؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٣٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٩٦.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٣؛ ومغني المحتاج ٤/ ١٠.

[١٦٩٧/٢٩] **مسألة:** إذا قطع يد رجل من مفصل الكوع، ثم قطعها آخر من مفصل الذراع قبل اندمال قطع الأول، ثم مات المجني عليه لزم الجانيان القود. ذكره أبوبكر[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: القصاص على الثاني في النفس، وعلى الأول القصاص في الطرف[٢].

لأن القطع الثاني جراحة لا تمنع جراحة بعدها، فلا تقطع جراحة قبلها، أصله: إذا كان القطع الثاني في اليد الأخرى، ولايلزم عليه إذا قطع يده، ثم جاء آخر فذبحه أن القصاص على الثاني، لأن الجراحة الثانية تمنع جراحة بعدها، لأنها موجبة[٣].

ولامعنى لقولهم: إن هناك لم يزل محل الجناية، وهاهنا زال. لأن سراية القطع الأول موجودة، [و][٤] لأن ما وصل منه إلى إعضائه مثل قلبه، ودماغه، وكبده موجودة، فطرأ عليه ألم القطع الثاني فتعاونا على قتله، فكانا قاتلين.

ولامعنى لقولهم: إن الألم عرض ولا يبقى زمانين. لأنه لا يمتنع بقاؤه على الوجه الذي تبقى جراحه، كالقدر، والتنور، والطعام مع زوال النار وإطفائها، وإن كان عرضا.

---

(١) وبه قال الشافعية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٠؛ والمغني ١١/ ٥٦٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٩٩.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٦/ ١٥.

(٣) انظر: الإقناع ٤/ ١٧٧.

(٤) ساقط من المخطوط.

[١٦٩٦/٢٩] **مسألة**: إذا قطع ولي القتل يد القاتل غرم دية اليد في ماله، ولم يقتص منه سواء عفا عن القاتل أو لم يعف عنه(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن عفا عنه الولي غرم دية اليد، وإن لم يعف عنه لم يغرم(٢).

وخلافاً لمالك في قوله: تقطع يد الولي عفا عنه أولم يعف عنه(٣).

وخلافاً للشافعي في قوله: لا ضمان عليه عفا عنه الولي أو لم يعف عنه(٤).

فالدلالة على وجوب الضمان: أن الولي قطع يده ولم يكن مستحقاً لقطعها، ولها قيمة في حال القطع، فكانت مضمونة عليه، دليله على أبي حنيفة: إذا قطعها ولم يعف عن القصاص، وعلى الشافعي: إذا عفا ثم قطعها، ولايلزم عليه إذا قطع يداً غير مستحق لقطعها، ولا ضمان عليه، لأنه لا قيمة لها حال[القطع](٥)، وهذه لها قيمة، بدليل: أن غيره لو قطعها ضمن، والذي يفيد أنه غير مستحق لو قطعها: أنه متى قطعها عزر، فكان (٦)/ إنما بذلك، وإنما [١٧٧] جعل له أحد أمرين: إما أن يتلف النفس فتتلف الأعضاء بتلف النفس، أو يعفو عنه، فإن قتله فقد استوفى جميع حقه، وإن عفا عنه فقد أسقط حقه.

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٥٩.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٧؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٥٨.

(٣) لم أقف على رأي الإمام مالك وأصحاب مذهبه في هذه المسألة.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٧.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) هكذا بالأصل ويظهر لي وقوع سقط هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا قطع ولم يعف عن القصاص، فإن حقه باق، وإذا عفا فقد سقط حقه من النفس. لأن العفو يقتضي الحظر، والحظر إذا طرأ بعد الإباحة لم يوجد ضمان كالمُحِلِّ إذا قطع يد صيد ثم أحرم وسرىٰ إلىٰ نفس الصيد فلا ضمان عليه.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه إذا أتلفها بعد العفو فقد أتلفها في حال حظر دمه، وإذا أتلفها قبله فقدأباحه في حال إباحه دمه. لأنه إن أرادوا إباحة دمه في الجملة لم نسلم، لأن عفو الولي لو قبله ضمنه، وإن أردتم إباحة دمه في حق الولي، فأحد طرفيه محظور في حق الولي، فاعتبار الحظر فيما يتناوله بالقطع أولىٰ من اعتبار الإباحة في غيره، وهو النفس.

والدلالة علىٰ إسقاط القصاص: أن القصاص مما يسقط بالشبهة، فجاز أن يجعل استحقاقه لإتلاف الجملة التي اليد تبعاً لها شبهة في إسقاط القصاص، ولم يجد شبهة في الضمان.

[**١٦٩٩/٣١**] **مسألة:** إذا قطع إصبع رجل عمداً فشلت[١] إلىٰ جنبها أخرىٰ وجب القصاص في الأولىٰ والأرش[٢] في الأخرىٰ[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب القصاص عليه في واحدة منها، وعليه

---

(١) الشلل هو: يبس اليد أو الأصبع أو الجسد فلا ينتفع بالعضو المشلول. انظر: القاموس المحيط، مادة «شلل» والدر النقي ٣/ ٧١٨.

(٢) الأرش: الدية. انظر: المصباح المنير، مادة «أرش».

(٣) وبه قال مالك، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩١؛ والمغني ١١/ ٥٧٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٩، والمجموع التكملة الثانية ١٨/ ٤٢٤.

أرش الأصغر[١].

لأنها جناية لو لم تسر وجب فيها القصاص، فإذا سرت إلىٰ مالا قصاص فيه لم يسقط القصاص، دليله: إذا قطع [يد][٢] امرأة حامل فاسقطت جنينها، فإن القصاص لا يسقط في اليد، ويجب [في][٣] الجنين (غرة)[٤]، وكما لو رمىٰ رجلاً بسهم فأنفذه ثم أصاب آخر، فإن القصاص يلزمه في الأول، وإن سقط عنه في الثاني.

ولا معنىٰ لقولهم: إن تلك جنايات، بدليل: أنها لو أذنت في قطع يدها لم يسقط عنه ضمان الجناية. لأن تلف الجنين إنما يؤكد من الضربة، وإصابة الثاني تولد من رميه للأول، فجاز أن تكون سراية منه، لأن معنىٰ السراية أنه يتعدىٰ الفعل في غير محله، وهذا موجود في الأصل، وإنما لم يسقط الضمان عنه بإذنها في قطع يدها، لأنها لا تملك إسقاط حق الجنين، وتملك إسقاط حقها، يبين صحة هذا: أنه لو أذن لرجل في قطع يد جاريته وهي حبلىٰ بمملوك، فقطعها، فأسقطت جنينها لم يجب عليه الضمان في اليد ولا في الجنين.

[١٧٠٠/٣٢] **مسألة:** فإن قطع اصبعاً فتأكلت إلىٰ جنبها أخرىٰ وسقطت من مفصل وجب القصاص فيهما. ذكره أبوبكر[٥].

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣١؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ١٥.
(٢) ساقط من المخطوط.
(٣) ساقط من المخطوط.
(٤) في المخطوط (بغرة).
(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩١؛ والمغني ١١/ ٥٧٣.

خلافاً لأكثرهم: لا قصاص في السراية[١].

لأنها جناية وسراية في شخص انتهت إلىٰ حد لو أتلف بالمباشرة وجب فيه القصاص، فإذا أتلف بالسراية وجب فيه القصاص، كما لو سرىٰ إلىٰ نفسه، وهو أن يقطع يده فسرىٰ إلىٰ نفسه، فإن القصاص يجب / في النفس، كما لو باشر، [١٧٨] وكل عضو لو باشره بالجناية اقتص منه، فإذا ذهب بالسراية اقتص منه، كما لو أوضحه فذهب بصره.

ولا معنىٰ لقولهم: إن تلف النفس حصل عن قصد، لأن النفس لا تؤخذ بنفسها، وإنما تؤخذ بجناية علىٰ غيرها، وكذلك ذهاب الضوء لا يؤخذ بنفسه، لأنه عرض، وإنما يؤخذ بغيره، فأما الأعضاء فإذا تلفت بالسراية فقد تلفت عن غير قصد، لأن قولهم: «تلف النفس حصل عن قصد» فليس هذا هو الغالب، لأن من أراد قتل غيره يعتمد علىٰ ضرب العنق، ولا يقصد قطع أنملته، لأنه يبعد في العادة موته بذلك، وكذلك من أراد ذهاب الضوء فإنما يعتمد إلىٰ قلع الحدقة ولا يوضحه، لأنه قد لا يذهب ضوءُه في الغالب، ولا يشبه هذا إذا قطع يدها فسرىٰ إلىٰ الجنين، لأن هناك نفساً أخرىٰ، وفرق بينهما، ألا ترىٰ أنه لو قطع يده فسرىٰ إلىٰ نفسه قتل به، ولو سرىٰ إلىٰ نفس أخرىٰ لم يقتل به[٢].

[١٧٠١/٣٣] **مسألة**: إذا قطع يداً تامة الأصابع ويده ناقصة أصبع، فالمجني

---

(١) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/ ١٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٩؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٢٤.

(٢) مثال ذلك: لو أن رجلاً قطع يد امرأة حامل، فأسقطت جنيناً، لم يقتل القاطع، وعليه القصاص في اليد، ودية الجنين.

عليه بالخيار بين أن يعفو، أو يأخذ دية يد، أو يقتص ويأخذ دية أصبع[(١)] [(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة، وأبي بكر من أصحابنا: إن اختار القصاص لم يكن له دية الإصبع[(٣)].

لأن الإصبع طرف مقصود بالقصاص والأرش، قال ﷺ: «وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل»[(٤)] وكل طرف مقصود بالقصاص والأرش، فإذا وجب القصاص فيه عند وجوده وجب الأرش عند عدمه، أصله: إذا قطع أصبعين من كف رجل، فإن كان للقاطع أصبع واحدة كان للمقطوع أن يقتص من الموجود، ويأخذ أرش الإصبع الأخرىٰ[(٥)]، ولايلزم عليه إذا قطع يد رجل ثم قتله أن لوليه أن يقطع يده ثم يقتله في إحدىٰ الروايتين[(٦)]، ولو لم يكن للقاطع يد كان له قتله من غير ضمان اليد، لأن القصاص إذا وجب في النفس خرجت اليد عن أن تكون مقصودة وحصلت تابعة للنفس في القصاص والدية جميعاً.

---

(١) وبه قال النووي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩١؛ والمغني ١١/ ٥٧١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٧٣.

(٢) روي عن الإمام مالك أنه تقطع يد الجاني الناقصة أصبعاً، ولا شيء للمجني عليه غير ذلك، وروي: له دية الأصبع الناقصة، فإن نقصت أكثر من أصبع خير بين العقل والقصاص. انظر: الذخيرة ١٢/ ٣٤٠.

(٣) انظر الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥١٠؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٣٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩١.

(٤) رواه عبدالرازق في العقول: باب الأصابع، (١٧٦٩٤) ٩/ ٣٨٣، وابن أبي شيبة في الديات: كم في كل أصبع؟ (٧٠٤٠)، (٧٠٤١)، (٧٠٤٢)، (٧٠٤٣) ٩/ ١٩٢-١٩٣، والترمذي في الديات: باب ما جاء في دية الأصابع (١٣٩١) ٤/ ١٣، وابن الجارود (٧٨٠) المنتقى ص ١٩٧-١٩٨، والبيهقي في الديات: باب الأصابع كلها سواء السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٩٢. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣١٦.

(٥) انظر: الإقناع ٤/ ١٩٤.

(٦) انظر: المغني ١١/ ٥٠٨.

[١٧٠٢/٣٤] **مسألة**: إذا قطع من أصبع رجل الأنملة العليا، وقطع من تلك الإصبع من رجل آخر الأنملة الوسطىٰ ولم تكن لها عليا، فصاحب الوسطىٰ بالخيار إما أن يصبر حتىٰ تقطع العليا منها ثم تقطع له الوسطىٰ، (أو)[١] يأخذ أرشها ثلاثة أبعرة وثلث[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قصاص لصاحب الوسطىٰ بحال[٣].

لأن ما منع من استيفاء القصاص منه لاتصال غيره جاز استيفاء القصاص[منه بعد انفصال غيره عنه][٤]، أصله: المرأة الحبلىٰ إذا قطعت يد امرأة، أو يد رجل، فإنه لا يقتص منها حتىٰ تضع ولدها، فإذا انفصل الولد منها جاز استيفاء القصاص[٥]، كذلك ها هنا، ولا يلزم عليه إذا قطع كف رجل بلا أصابع، وكف الجاني لها أصابع / ، ثم قطعت بعدها أصابعها، أو سقطت بمرض، وبقيت [١٧٩] الكف بلا أصابع، فجاء المجني عليه يطالب بالقصاص في كفه، فإن له ذلك كما قلنا في مسألتنا، لأن المانعَ من الاستيفاء قد زال، وكذلك إن كان بكف الجاني أصبع زائدة لم تقطع بكف من ليس له أصبع زائدة، فإن ذهبت الزائدة كان له طلب القصاص فيها، ولايلزم عليه إذا قطع يداً شلا، ويده صحيحة، ثم شلت يد

---

(١) في المخطوط (وهو).

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٢؛ والمغني ١١/ ٥٧٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٨٧؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٢٥.

(٣) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/ ١٣.

(٤) زيادة من المحقق لاتمام المعنىٰ.

(٥) انظر: المغني ١١/ ٥٦٧.

القاطع لم يكن للمجني عليه القصاص، لأن المنع من إيجاب القصاص هناك عدم التكافؤ لا لأجل الاتصال، فأما ها هنا فإن فقد الأنملة العليا فوقها لا ينقصها، ولايمنع أن تكون مساوية للأنملة التي العليا فوقها، بدليل: أن أرشها باقٍ بحاله، بل بغيره، فقد العليا ولاينقصه.

[١٧٠٣/٣] **مسألة:** لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء(١).

خلافاً لداود في قوله: تقطع(٢).

لقوله تعالىٰ: ﴿ **من اعتدىٰ عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدىٰ عليكم** ﴾(٣) فإذا قطع يداً صحيحة بشلاءَ فليس هذا بمثل ما اعتدىٰ عليه.

ولأن الشلاء لا منفعة فيها، فلم يوخد بها عضو فيه منفعة، كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالعين العمياء(٤).

[١٧٠٤/٣٦] **مسألة:** لا يقطع ذكر الفحل بذكر الخصي، والذكر الذي ينتشر بذكر العنين(٥).

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٦٢؛ والمغني ١١/ ٥٦٩؛ والمبسوط ٢٦/ ٤٦؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٨/ ١٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٦٧.

(٢) انظر قول داود في المغني ١١/ ٥٦٩.

(٣) البقرة «١٩٤».

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٢.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٧٠؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٦٩؛ والذخيرة ١٢/ ٣٣٩.

خلافاً للشافعي في قوله: يقطع به[(١)].

لأن منفعة الذكر قد تطلب وهي الإنزال والإحبال، ومنفعة العضو إذا عدمت في الحالة التي بلغ كماله منع من القصاص فيما منفعته باقية فيه، كاليد الشلاء، والعين العامية، لا تؤخذ بها اليد الصحيحة، ولا العين الناظرة، ولايلزم عليه ذكر الصبي، لأنه لم يبلغ إلىٰ حال كماله، فلم يؤثر نقصان الشهوة فيه، كما أن يده لم تبلغ حد قوة الرجال، ولا تنقص ديتها، ولايلزم عليه ذكر الشيخ الكبير، لأنه تجاوز حد الكمال فصار ذكره كيده المرتعشة التي لا يبطش بها نظير الشاب، ولايلزم عليه أذن الأطروش أنه يؤخذ بها أذن السميع[(٢)]، وأنف الأخشم أنه يؤخذ بها أنف الشام[(٣)]، لأن المنفعة لم تعدم لما بينا، وهو أن القصد من الأذن جمع الصوت وتمنع الهوام والماعر [(٤)]والأذن، وهذا يوجد في ذلك، وكذلك الأنف القصد منه حدث النفس[(٥)]، وهذا يوجد فيه.

[١٧٠٥/٣٧] **مسألة:** إذا اختلف الجاني والمجني عليه في صفة العضو التالف، فالقول قول المجني عليه[(٦)].

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٦٨.

(٢) انظر: المغني ١١/ ٥٤٢.

(٣) انظر: المغني ١١/ ٥٤٢.

(٤) هكذا بالمخطوط.

(٥) وكذلك الشم.

(٦) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٦٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٣؛ وكتاب التمام ٢/ ١٩٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: القول قول الجاني[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن كان العضو ظاهراً، كاليد، والرجل، والعين، فالقول قول الجاني، وإن كان باطناً كالذكر والخصيتين فالقول قول المجني عليه أنه صحيح[٢].

لأن الظاهر منه الصحة / والسلامة، فوجب أن يكون القول قوله مع يمينه، [١٨٠] كما لو ادعى على رجل ديناً فأنكره فالقول قوله، لأن الأصل برءة ذمته[٣]، ولأن ما جعل القول فيه قول أحدهما استوى فيه الظاهر والباطن، كالأموال جعل القول في جميعها قول المستحق عليه[٤]، كذلك هاهنا، يجب أن يجعل القول قول المستحق[عليه][٥].

ولا معنى لقولهم: الباطن لا يشاهد فيتعذر إقامة البينة بصحته فجعل القول قوله، كما يجعل القول قول المرأة في الحيض إذا علق الطلاق بحيضها فقالت: قد حضت[٦]. ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق كان القول قوله، لأن الدخول معنى ظاهر، لأن الحيض يقبل قولها في حق نفسها، ولا يقبل في حق غيرها، لأنه لو قال لها: إذا حضت فامرأتي الأخرى طالقة. فقالت: قد حضت. لم تطلق

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٨٠؛ ومغني المحتاج ٤/ ٣٨.

(٣)انظر: المغني ١٤/ ١٣١.

(٤)انظر: المغني ١٤/ ١٣١.

(٥)ساقط من المخطوط.

(٦)انظر: المغني ١٠/ ٤٥٢.

الأخرى[1]، وهاهنا يقبل قول المجني عليه، فيجب أن يستوي فيه الظاهر والباطن.

[١٧٠٦/٣٨] **مسألة:** لا يقتص من الجراحة إلا بعد الاندمال[2] .[3].

خلافاً للشافعي في قوله: يقتص منه[4].

لما روى أبوالحسين بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ أن يقتص من جرح حتى ينتهي»[5].

ولأن القصاص أحد بدلي الجرح، فلا تجوز المطالبة قبل استقراره، دليله: الأرش في جناية الخطأ (لما مونع)[6] الأصل دللنا عليه بأن استيفاء جناية الخطأ في الحال تؤدي إلى استيفاء ما لا يتحقق أنه واجب، وهذا لا يجوز، لأنه قد يقطع يديه ورجليه وأنفه وذكره وَيفْقَأُ عينيه فيجب عليه لو استقرت هذه الجنايات خمس

---

(١) انظر: المغني ١٠/ ٤٥٢.

(٢) اندمل الجرح اندمالاً: إذا كتم وختم. انظر: الدر النقي ٣/ ٧١٣.

(٣) وبه قال الحنفية، ومالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٣؛ والمغني ١١/ ٥٦٣؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٣١٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٠٨.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٩٢.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسند عبدالله بن عمرو بن العاص (٧٠٥٥) ٢/ ٦٧٨، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها، (٢٤)و(٢٥)و(٢٩)و(٣٠). من طريقين، الأول من طريق جابر مرفوعاً. والثاني: من طريق عمروبن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعا ٣/ ٨٨-٩٠، والبيهقي في الديات: باب ما جاء في الاستثناء بالقصاص من الجرح والقطع. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٦٨. وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٩٨.

(٦) في المخطوط (ما مونع).

ديات، فإن مات وجبت عليه دية واحدة[١] ففي الاستيفاء في الحال استيفاء مالا يتحقق، وهذا لا يجوز.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الأرش غير مستقر، لأنه يجوز أن يزيد وينقص بمشاركة من يشاركه في الجناية عليه، وفي القصاص لا يتعين، لأن الجرح لو سرىٰ إلىٰ النفس لم يسقط القصاص في الطرف. لأنا لا نسلم هذا بل نقول: يسقط القصاص بالسراية إلىٰ النفس، وهذه المسألة مبنية علىٰ هذا الأصل، وإنَّ الجناية فيما دون النفس إذا سرت إلىٰ النفس وجب القصاص في النفس، ولم يجب فيها فيما دونها.

[**١٧٠٧/٣٩**] **مسألة:** فإن اقتص المجني عليه قبل الاندمال فسرت الجناية إلىٰ موضع آخر لم تكن السراية مضمونة[٢].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: السراية مضمونة[٣].

لما روىٰ أبو الحسين بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بعود في ركبته فجاء إلىٰ النبي ﷺ فقال: يارسول الله أقدني، فقال: «حتىٰ تبرأ»، ثم جاء إليه، فقال: أقدني، فأقاده، ثم جاء إليه، فقال: يارسول الله عرجت / فقال: «قد نهيتك فعصيتني، [١٨١]

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ١٥٣.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٤؛ والمغني ١١/ ٥٦٤.

(٣) منهم: الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٦٥؛ والمبسوط ٢٦/ ١٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٩؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٥٨.

فأبعدك الله تعالىٰ وبطل عرجك»[١].

ورویٰ جابر أن رجلاً [طعن][٢] بعود في ركبته، فأتىٰ النبي ﷺ يستقيد، فقيل له: حتىٰ تبرأ، فأتىٰ وعجل، فاستقاد، قال: فعيقت رجله وبرئت رجل المستقاد منه، فأتىٰ النبي ﷺ فقال: «ليس لك شيء إنك أبيت» وفي لفظ آخر «لا حق لك» وفي لفظ آخر «أبعدك الله».[٣] وهذا نص، لأن النبي ﷺ أسقط حقه من الزيادة.

ولأنه قد ثبت بما ذكرنا فيما تقدم أنه لايجوز له القصاص قبل الاندمال، فمتىٰ اقتص فقد تعجل حقه قبل محله، فيجب أن يجزئه، كالقاتل يحرم الميراث لهذه العلة.

ولأن الدية أحد البدلين، فلم يجب استيفاؤه من السراية بعد القصاص، دليله: البدل الثاني، وهو القصاص.

ولامعنىٰ لقولهم: إنه لو لم يقتص من الجاني وسرت الجناية لا يقتص منه، والدية تستوفىٰ منه. لأنا لا نسلم ذلك بل نقول: يقتص منه، وقد ذكرناه فيما تقدم.

ولأن المجني عليه لما اقتص من اليد استوفىٰ حقه منها وخرجت عن أن تكون مضمونة علىٰ الجاني، فإذا سرت لم يضمن سرايتها[٤]، كما لو قطع يد

(١) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال الحنفية، ومالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٣؛ والمغني ١١/ ٥٦٣؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٣١٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٠٨.

(٤) لأن ضمان السراية تابع لضمان الجناية.

مرتـد، ثم أسلم، وسرت إلىٰ نفسه، فإن السراية غير مضمونة، لأنها حصلت عن جناية غير مضمونة، كذلك هاهنا.

[١٧٠٨/٤٠] **مسألة:** لا قود إلا بالسيف سواء قتل به أو بغيره[١].

خلافاً لمالك، والشافعي، والثانية: يقتل بمثل الآلة التي قتل بها[٢].

لماروىٰ أبو الحسين بإسناده عن أبي هريرة وابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لا قود إلا بالسيف»[٣].

ولأنه قصاص فلا يستوفىٰ بغير السيف، أصله: إذا قتله بالسيف، ولا يصح بعكس العلة، فنقول: مااختص بالآلة التي قَتَل بها، لأنه يبطل بمن أوجر غيره الخمر حتىٰ مات، أولاط به[٤].

---

(١) هذا هو المذهب عن الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٦٢؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٥٨؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٦٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٤.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٢؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٨/ ٢٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٦٩-٩٧؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٥٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٤.

(٣) رواه ابن ماجة في الديات: باب لا قود إلا بالسيف، (٢٦٦٧)، (٢٦٦٨) ٢/ ٨٨٩؛ والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (٢٢)، و(٨٢)، و(٨٣) ٣/ ٨٨، ١٠٥-١٠٦، والبيهقي في الجنايات: باب ماروي في أن لا قود إلا بحديدة. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٦٢-٦٣؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/ ١٨٤, قال الإمام أحمد عن سند هذا الحديث: «ليس اسناده بجيد». انظر: المغني ١١/ ٥٠٩. وقال الألباني: «حديث ضعيف». انظر: إرواء الغليل ٧/ ٢٨٥.

(٤) حيث لايجوز أن يفعل بالجاني مثل ذلك بالإجماع. انظر: المغني ١١/ ٥١٣.

ولأن النار آلة لا يقتل بها المرتد[(١)]، فوجب أن لا يستوفى بها القود، دليله: سقي الخمر، وعمل قوم لوط.

ولا معنى لقولهم: إن فعل ذلك معصية. لأن الإحراق بالنار معصية. ولأنه تفويت روح على وجه يجوز تركه، فاعتبر فيه أو جز الآلات مع القدرة، كالزكاة، ولايلزم عليه الرجم، وقتل المرتد، لأن ذلك واجب لا يجوز تركه، ولا يلزم عليه قتل حشرات الأرض، لأنه يجوز تركه، وقد يجب إذا لم يؤمن ضررها، ولايلزم عليه الصيد، لأنه غير مقدور عليه، فلم تتعين فيه الآلة.

ولا معنى لقولهم: إن البهيمة تذبح للأكل فاعتبر فيها الأسهل، وهاهنا وجب على وجه القصاص فاعتبر فيه المماثلة. لأنه يلزم عليه إذا أوجر غيره الخمر، أولاط به، وكذلك لو ضرب بحجر فمات يضرب مثله، فإن مات وإلا قتل بالسيف.

[١٧٠٩/٤١] **مسألة:** من حل دمه بقصاص أو بردَّة، أو بزنا، أو بالكفر الأصلي فلجأ إلى الحرم لم يقتل فيه إلا أنه مانع، ولايساق حتى يخرج / ثم [١٨٢] يقتل[(٢)].

---

(١) انظر: المغني ١١/ ٥١٣.

(٢) وبه قال أبوحنيفة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٥؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٦٨.

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][(١)]: يقام عليه القتل[(٢)].

لأنه حيوان يجب بقتله الكفارة، فإذا حل قتله في الحل، ثم لجأ إلىٰ الحرم، وجب أن يحرم قتله، أصله: الصيد، ولايلزم عليه حشرات الأرض، والحيوان الأهلي، لأن ذلك لا يجب بقتله الكفارة، ولايلزم عليه إذا قتل في الحرم، لقولنا: «فإذا حل قتله في الحل» وهناك قتل في الحرم، يبين صحة هذا: أن حرمة الآدمي أعظم فأولىٰ أن يؤثر الحرم فيها.

[**١٧١٠/٤٢**] **مسألة:** فإن وجب عليه حد غير القتل، كالجلد، والقطع في السرقة، وقطع اليد قصاصاً، ثم لجأ إلىٰ الحرم لم يقم عليه حتىٰ يخرج، كالقتل[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يقام عليه[(٤)].

لأنها عقوبة فمنع دخول الحرم من استيفائه، دليله: القتل.

ولأنه أحد نوعي القصاص، فأثر الحرم فيه، دليله: القتل.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ما دون النفس جرىٰ مجرىٰ الأموال، بدليل: إنه لا يجب فيها كفارة بحال، لأنه يبطل به إذا ابتدأ الجناية في الحرم، فإنه لا فرق بين ما

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٢١٧؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٨/ ٢٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٩٢؛ ومغني المحتاج ٤/ ٤٣.

(٣) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٥.

(٤) وبه قال المالكية. ولم أعثر علىٰ رأي أبي حنيفة في هذه المسألة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٥؛ والذخيرة ١٢/ ٣٤٨.

يوجب الكفارة وبين مالا يوجبها في باب الاستيفاء ، ويجب أن يكون ما وجد سببه خارج الحرم أن لا يختلف ، ولأن سقوط الكفارة لم يخرجه عن أن يكون ضمانه ضمان دم ، بدليل : وجوب القصاص فيما دون النفس وتحمل العاقلة ، واختلاف ضمانه بالعمد والخطأ ، وكل جبران أثر الحرم في جملته أثر في أبعاضه ، كالصيد .

[**١٧١١/٤٣**] **مسألة:** إذا كان الدم بين اثنين فقتل أحدهما بغير إذن صاحبه لم يجب عليه القود[١] .

خلافاً للشافعي في أحد القولين : عليه القود[٢] .

لأنه قتله وله فيه حق القود ، فوجب أن لا يقتص منه ، دليله : إذا لم يكن له شريك في الدم ، والذي يدل على أنه في حكم المنفرد بالدم : أنه لو عفا سقط القود عن الجميع[٣] ، كما لو لم يكن شريكاً .

[**١٧١٢/٤٤**] **مسألة:** إذا كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما ، فقتله الآخر ، وهو لا يعلم بالعفو ، أو يعلم به إلا أنه لا يعلم أن الدم قد خرج عليه لم يلزمه القود[٤] .

---

(١) وبه قال الحنفية ، والمالكية انظر : رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٥ ؛ والمغني ١١/ ٥٧٨ ؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٩٩ ؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٧ .

(٢) أصح القولين عند الشافعية في هذه المسألة أنه لاقود . انظر : التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٧ ؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٤٤ .

(٣) انظر : المغني ١١/ ٥٨٠ .

(٤) وبه قال أبوحنيفة . انظر : رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٥ ؛ والمغني ١١/ ٥٨٣ ؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٤٨ ؛ والمبسوط ٢٦/ ١٤١ .

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يقتل[١].

لأنه قتله وعنده أن له قتله، فوجب أن لا يلزمه القود، كما لو قتله، قبل العفو، أو قَتَلَه مسلماً، وهو في ظنه «مشركاً»، ولايلزم عليه العافي إذا قتله. وقال: إني نسيت أني عفوت، وقتله، وعندي أن لي قتله، لأنا لا نسلم أنه كان عنده أن له ذلك، لأننا نتهمه ولا نصدقه، كما إذا أبرأ، ثم رجع في إبرائه، وقال: لم أعلم أن الحق يسقط.

[١٧١١/٤٥] **مسألة:** فإن عفا أحد الوليين، فقتله الآخر مع العلم بعفو شريكه فعليه القصاص[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: إن قتله قبل حكم الحاكم بسقوط القود فلا قود عليه في أحد القولين[٣].

/ لأن أحدهما لما عفا سقط حق الآخر في القصاص، فإذا قتله الآخر مع [٣ العلم بالعفو صار كما لو قتله بعد الحكم.

[١٧١٤/٤٦] **مسألة:** إذا رمىٰ إلىٰ مرتد أو حربي فأصابه بعد إسلامه فعلىٰ الرامي الدية اعتباراً بحال الإصابة، وكذلك إذا رمىٰ إلىٰ عبد فأعتقه مولاه قبل

---

(١) هذا أصح القولين عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٢١٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ١١٢.

(٢) وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٦؛ والمغني ١١/ ٥٨٣؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٥.

(٣) أصح القولين عند الشافعية في هذه المسألة: أنه يجب القود. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٢١٧؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٤٤-٤٤٥.

وقوع السهم به وجبت ديته لورثته[1].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الاعتبار بحال الرمية، فإذا رمىٰ إلىٰ حربي أو مرتد فأصابه السهم بعد إسلامه فلا ضمان علىٰ الرامي، فإن رمىٰ (إلىٰ)[2] عبد فأعتقه مولاه قبل وقوع السهم به وجبت قيمته للمولىٰ، فإن رمىٰ مسلماً فارتد المرمي، ثم وقع به السهم فقتله، فالدية علىٰ الرامي لورثة المرتد، فإن رمىٰ صيداً وهو حلال، ثم أحرم، ثم وقع به السهم لم يضمن، ولو رمىٰ وهو محرم، ثم حل، ثم وقع به السهم ضمن. وكذلك لو رمىٰ صيداً وهو مجوسي ثم أسلم، ثم وقع به السهم لم يؤكل، ولو رمىٰ وهو مسلم، ثم ارتد، ثم وقع به السهم أكل اعتباراً بحال الرمي في هذه المواضع[3].

فالدلالة علىٰ أنه إذا رمىٰ مرتداً، أو حربياً، فأصابه بعد إسلامه عليه الدية: لأن الإصابة حصلت وهو مسلم محقون الدم فكان عليه ضمان الدية، كما لو كان مسلماً في الأصل، يبين صحة هذا: أنه لا اعتبار بوقت الرمي، بدليل: أن من حفر بئراً في طريق فوقع فيها مسلم كان مرتداً وقت الحفر، ضمن اعتباراً بحال وقت الإصابة، لا بوقت الحفر، والحفر في هذا كالرمي في مسألتنا، لأنه سبب للجناية، وكذلك لو رمىٰ إلىٰ عبد صحيح الأعضاء فتلفت يده قبل الإصابة، ثم أصابه السهم، وجبت قيمته مقطوع اليد اعتباراً بحال الإصابة، وكذلك إذا رمىٰ

(١) وبه قال المالكية، وهو المذهب عند الشافعية انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٥٩؛ والذخيرة ١٢/ ٣٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٥.

(٢) في المخطوط (إذا).

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٠؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٦٧.

إلىٰ مسلم فمات قبل أن يقع السهم، ثم وقع به، وهو ميت لم يضمن اعتباراً بحال الإصابة لا بوقت الرمي.

فالدلالة علىٰ أنه إذا رمىٰ مسلماً فارتد قبل وقوع السهم أنه لا ضمان عليه: أن الجناية حصلت وهو مرتد، فلم يكن عليه ضمان الدية، كما لو كان مرتداً حال الإرسال.

ولأن المرتد إذا قتله قاتل لا ضمان عليه ولا دية، كما لو ذبح إنسان (الميت)[1]، فإنه لا ضمان عليه، ثم ثبت أنه لو أرسل السهم فمات المرمىٰ، ثم وقع به السهم، لا ضمان، كذا المرتد.

والدلالة علىٰ أن دية العبد تكون لورثته لا لسيده هو: أن جنايته صادفت حراً محقون الدم، فوجب أن تجب ديته له ولورثته من بعده دون السيد، كما لو كان حراً حال الإرسال.

ولأنه لو كان الاعتبار بحال الرمي لوجب إذا رمىٰ عبداً بسهم فأعتقه مولاه، ثم مات أبوه وخلف مالاً، ثم وقع به السهم، فمات أن لا يُوَرَّث من أبيه، وأن يجعل مقتولاً قبل ذلك، وإذا جعلناه[2] حياً / (لورث)[3] من أبيه، واستحال أن نجعله في حكم المقتول قبل ذلك علىٰ مولاه.

[١٧١٥/٤٧] **مسألة:** إذا اضطر الغير إلىٰ طعام غيره وشرابه، فمنعه منه،

---

(١) في المخطوط (لميت).

(٢) بناء علىٰ القول باعتبار الاصابة

(٣) في المخطوط (لارثه) ولعل الصحيح ما أثبت.

فتلف ضمن الدية[١].

خلافاً لأكثرهم[٢].

لما روي عن عمر[٣].

ولأنه منع غيره من طعام لزمه بذله له بغرم، كما لو حبسه حتىٰ مات[٤].

وعلىٰ قياسه لو غصب رجلاً علىٰ طعامه حتىٰ مات ضمن[٥]، وكذلك لو رأىٰ غيره (يغرق)[٦] [وهو][٧] يقدر علىٰ خلاصه، فتركه حتىٰ مات ضمن[٨].

---

(١) وبه قال المالكية انظر: المغني ١٢/ ١٠٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٨٤؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ١١٢.

(٢) لم أقف علىٰ رأي المخالف.

(٣) وهذا نص الأثر المروي عن عمر: أن رجلاً استقىٰ علىٰ باب قوم، فأبوا أن يسقوه، فأدركه العطش، فمات، فضمنهم عمر الدية». رواه عبدالرزاق في العقول: باب من قتل في زحام (١٨٣١٨) من طريق إبراهيم، عن عمرو، عن الحسن، عن عمر موقوفاً، المصنف ١٠/ ٥١؛ وابن أبي شيبة في الديات: الرجل يستسقي فلا يسقىٰ حتىٰ يموت (٧٩١٨) من طريق حفص، عن أشعث، عن الحسن، عن عمر موقوفاً. المصنف ٩/ ٤١٢؛ هذا الحديث مرسل فإن الحسن ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر.

(٤) إذا حبسه ومنعه الطعام والشراب حتىٰ مات فيه القود عند كثير من الفقهاء إلا الحنفية. انظر: المغني ١١/ ٤٥٣.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ١٠٢.

(٦) في المخطوط (يعود).

(٧) ساقط من المخطوط.

(٨) ذكر صاحب المغني ١٢/ ١٠٢: «أنه لا يلزمه ضمانه، وقد أساء» أ.هـ.

كتاب الديات[1]

[١٧١٦/١] **مسألة:** تغلظ الدية بالحرم، والإحرام، والأشهر الحرم، وبالرحم[2].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: لا تغلظ الدية بشيء من ذلك[3].

وللشافعي في قوله: لا تغلظ بالإحرام[4].

لما روى جبير بن مطعم أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام في البلد الحرام، فقال ابن عباس: «ديته، وللشهر الحرام أربعة آلاف، وللبلد الحرام أربعة آلاف، فكمل عشرين ألفا»[5].

---

(١) الديات: واحدها دية، مخفقة، وأصلها: ودية، و«الهاء» بدل من «الواو» تقول: وديت القتيل، أَوْ دِية دِيَة: إذا أعطيت ديته، واتديت: إذا أخذت الدية. فالدية في الأصل مصدر، ثم سمى بها المال المؤدى إلى المجني عليه، وإلى أوليائه. انظر: المصباح المنير، مادة «ودي» والدر النقي ٣/ ٧٢١.

وشرعاً: هي المال المؤدى إلى مجني عليه، أو وليه بسبب جناية. انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ٢٢٩.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٦؛ والمغني ١٢/ ٢٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٩٦.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٧٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

(٤) وإنما تغلظ بالحرم، والأشهر الحرم، وبالرحم. انظر: الأم ٦/ ١٢٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ١١٩.

(٥) رواه ابن أبي شيبة في الديات: الرجل يقتل في الحرم (٧٦٥٧) من طريق محمد بن إسحاق قال: حدثني عبدالرحمن بن أبي زائدة، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس موقوفاً. المصنف ٩/ ٣٢٥. في سنده عبدالرحمن بن أبي زائدة وهو ضعيف. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣١١.

وعن عمر أنه كان يجعل المرء يقتل بمكة دية وثلث»[١]، وعن عثمان أنه قضىٰ في امرأة قتلت بالحرم بدية وثلث»[٢]، فهذا قول ثلاثة منتشر في الصحابة.

ولأنه قتل في الحرم، فكان العمد والخطأ في عدمه سواء كالصيد، يبين صحة هذا: أن حرمة الآدمي أعظم من حرمة الصيد، فإذا أثر في الصيد، فأولىٰ أن يؤثر في الآدمي[٣].

ولأن الزمان، والمكان، والرحم، والإحرام لكل واحد منهم تأثير في المنع من القتل.

أما الزمان فقوله تعالىٰ: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ**﴾[٤].

وأما الحرم فقوله تعالىٰ: ﴿**وَلا تُقَاتِلُوهُمْ عِندَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ**﴾[٥].

---

(١) رواه البيهقي في الديات: باب تغليظ الدية في الخطأ في الشهر الحرام، والبلد الحرام، وذي الرحم. من طريق ليث، عن مجاهد، عن عمر بن الخطاب موقوفاً. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٧١. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/ ٣٣: هذا الأثر منقطع، والانقطاع بين مجاهد وعمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في الديات: الرجل يقتل في الحرم (٧٦٥٩). المصنف لابن أبي شيبة ٩/ ٣٢٦، والبيهقي في الديات: باب تغليظ الدية في الخطأ في الشهر الحرام، والبلد الحرام، وذي الرحم السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٧١. والجميع من طريق سفيان بن عيينة، عن ابن أبي نجيح، عن أبيه أن عثمان قضىٰ. وهذا الإسناد صحيح. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣١٠.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للهاشمي ٣/ ١٠٩٨.

(٤) البقرة «٢١٧».

(٥) البقرة «١٩١».

وأما الرحم فقوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ وبالوالدين إحسانا ﴾[2].

وأما الإحرام فقوله تعالى: ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾[3].

وإذا كان له تأثير في المنع من قتل للصيد فأولى أن يكون له تأثير في المنع من قتل الآدمي، وإذا كان لهذه المعاني تأثير في المنع من القتل، فإذا انضافت إلى قتل الخطأ وجب أن تغلظ بها الدية، كما انضاف القصد إلى الخطأ.

والدلالة على أنه تغلظ الدية بالإحرام: أن كل حيوان أثر الحرم في بدله أثر الإحرام، دليله: الصيد، يبين صحة هذا: أن الإحرام آكد في الضمان من الحرم، لأنه يضمن فيه الصيد[4]، ويضمن حلق الشعر[5]، وتقليم الظفر[6]، وغير ذلك مما لا يضمن لأجل الحرم.

[**١٧١٧/٢**] **مسألة:** صفة التغليظ إن كان الضمان / بالذهب والفضة بزيادة[١٨٥] القدر، وهو ثلث الدية، وإن كان بالإبل فقياس المذهب أنه يغلظ بزيادة القدر أيضاً، وهو الثلث[7].

---

(١) الإسراء «٢٣».

(٢) البقرة «٨٣».

(٣) المائدة «٩٥».

(٤) انظر: المغني ٥/ ١٣٥.

(٥) بفدية: انظر: المرجع السابق ٥/ ٣٨١.

(٦) بفدية: انظر: المرجع السابق ٥/ ١٨٨.

(٧) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٧؛ والمغني ١٢/ ٢٣.

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لا يدخل التغليظ الذهب والفضة، وأما الإبل فتغلظ بالأسنان[١].

لما تقدم من قول عمر، وعثمان، وابن عباس أنهم قضوا بدية وثلث.

ولأنه حيوان أثرت الحرمة في بدله، فكان ذلك التأثير في القدر، دليله: الصيد يضمن ببدلين كاملين[٢]، وهذا زيادة في القدر.

ولأن العين والورق أحد ما تضمن به النفس، فجاز أن يدخله التغليظ، كالإبل.

ولأن هذا أغلظ من العمد وشبه العمد، لأن الحرم، والشهر الحرام يحصل التغليظ بهما مع انتفاء المأثم فقوىٰ، فجاز أن يعم التغليظ الأبدال، وليس كذلك في العمد، لأنه يحصل التغليظ بضرب من المأثم يُضعف، فجاز أن يختص التغليظ بنوع من الأبدال والصفة.

[١٧١٨/٣] **مسألة:** ويجمع بين التغليظ بالحرم، والشهر الحرام، والرحم، فيجب لكل واحد من ذلك ثلث الدية[٣].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لا يجمع بين تغليظين، وتتداخل فتغلظ

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٠.

(٢) هما ذبح مثل إن كان له مثل من النعم، أو تقويم المثل بمحل التلف بدراهم يشتري بها طعام فيطعم كل مسكين مداً. انظر: حاشية الروض المربع ٤/ ٤٨.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٧؛ والمغني ١٢/ ٢٣.

تغليظاً واحداً[١].

لأن المسألة مبنية على الأصل المتقدم، وأن الذهب والفضة يدخلهما التغليظ، وعندهم لايدخلهما، وقد دللنا عليه، ويدل عليه: ما تقدم من قول ابن عباس في رجل قتل رجلاً في الشهر الحرام في البلد الحرام ديته اثنا عشر ألفاً، وللشهر الحرام أربعة آلاف، وللبلد الحرام أربعة آلاف[٢].

ولأنه قد هتك هذه الحرمات بقتل نفس مضمونة بدية كاملة، أشبه إذا أفرد كل حرمة بالهتك، ولايلزم عليه حرمة الحرم، والإحرام إذا اجتمعا، لقولنا «مضمونة بدية كاملة» وتلك مضمونة بالقيمة.

ولأن الحرمات إذا اختلفت ولم يكن موجبها مال لم تتداخل، دليله: حرمة الصيام، والإحرام، وكذلك الحدود إذا اختلفت أسبابها، ولايلزم عليه القارن إذا قتل صيداً أنه يجب جزاءً واحدا[٣]، لأن الحرمتين متفقة، وهو الإحرام، ولايلزم عليه حرمة الحرم، والإحرام، وهوإذا قتل المحرم صيداً في الحرم أنه يجب جزاء واحدٌ، لأن موجبها المال، وهو الصيد.

[**١٧١٩/٤**] **مسألة:** فإن قتل في الحرم عمداً، أو شبه العمد فقياس المذهب أنه يغلظ[٤].

(١) انظر: حلية العلماء ٧/ ٥٤٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٤٦.

(٢) سبق تخريجه في مسألة (١/ ١٧١٦) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: المغني ٥/ ٣٤٩.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٢٣؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٩٦-٣٩٧.

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لا يغلظ(١).

[١٨٦] لأنها دية كاملة / وجبت بقتل نفس في الحرم، أشبه دية الخطأ(٢).

ولا معنىٰ لقولهم: إن تلك مخففة، وهذه مغلظة. لأنه لا يمتنع أن يطرأ تغليظ علىٰ تغليظ، كما لو وطء وهو محرم وصائم، وجبت عليه كفارتان(٣)، وهما تغليظان.

[١٧١٨/٥] **مسألة:** دية العمد وشبه العمد أرباعاً: خمس وعشرون جذعة، [وخمس وعشرون حقه](٤)، وخمس وعشرون ابنة لبون، وخمس وعشرون ابنة مخاض أسنان الزكوات(٥).

خلافاً للشافعي، والثانية: في أنها أثلاثٌ ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة،

(١) انظر: تكملة المجموع الثانية ١٩/ ٤٦.

(٢) هذا إذا قتل في الحرم، أو الأشهر الحرم خطأ، أو قتل رحمه خطأ، أما إذا قتل في غير ما ذكر خطأ فإنه لا تغليظ.

(٣) وذلك كمن أحرم للعمرة في رمضان فوطئ قبل أن يتحلل من العمرة في نهار رمضان، فإن عمرته تفسد، وعليه شاة مع القضاء هذا عند الحنابلة، وعليه كفارة الوطء في نهار رمضان، وهي عتق رقبة، فإن لم يمكنه فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً. انظر: المغني ٤/ ٣٨٠، ٥/ ٣٧٣.

(٤) ساقط من المخطوط. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٠.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٨؛ والمغني ١٢/ ١٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٨٧-٣٨٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٤.

وأربعون ما بين ثنيه إلىٰ بازل[١] عامها كلها خَلَفَة في بطونها أولادها[٢].

لأنها دية فلا تجب فيها الحوامل، كالخطأ.

ولا معنىٰ لقولهم: دية الخطأ اجتمعت، وهذا أغلظ. لأنا قد غلظناها من وجه، وهو الأرباع وليس يجب تغليظها من جميع الوجوه.

ولأنه حق يتعلق [و][٣] يختص بالحيوان، فلا يعتبر فيه الحوامل، كالزكاة، وعتق الرقاب والهدايا[٤].

[١٧٢١/٦] **مسألة:** دية العمد تجب في مال القاتل حالة[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تجب في ماله مؤجلة في ثلاث سنين[٦].

لأنه حق يجب علىٰ القاتل بالقتل، فكان وجوبه حالاً، كالقود.

ولأن التأجيل تخفيف يتعلق بدية الخطأ، فلا يتعلق بدية العمد المحض،

---

(١) قال أبو داود في سننه ٤/ ١٨٥: قال أبوعبيد وغير واحد: إذا دخلت الناقة في السنة الرابعة فهو حق، والأنثىٰ حقة، لأنه يستحق أن يحمل عليه ويركب، فإذا دخل في الخامسة فهو جذع وجذعة، فإذا دخل في السادسة وألقىٰ ثنيته فهو ثني وثنية . . . فإذا دخل في التاسعة وفطر نابه وطلع فهو بازل، فإذا دخل في العاشرة فهو مُخْلف، ثم ليس له اسم ولكن يقال: بازل عام، بازل عامين. اهـ.

(٢) انظر: الأم ٦/ ١٢١؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٠؛ والمغني ١٢/ ١٤.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ١٥.

(٥) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٨؛ والمغني ١٢/ ١٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٠.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١١٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٠٢.

أصله: التخميس، وتحمل العاقلة[(١)].

[١٧٢٢/٧] **مسألة:** دية الخطأ أخماساً عشرون ابن مخاض، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقه، وعشرون جذعة[(٢)].

خلافاً للشافعي في قوله: هي أخماس، إلا أنه جعل بدل ابن مخاض ابن لبون[(٣)].

لما روى ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ في دية الخطأ أخماساً: عشرون حقه، وعشرون جذعة، وعشرون ابنة مخاض، وعشرون ابن مخاض، وعشرون ابنة لبون»[(٤)].

وكل موضع وجب ابن لبون لم يجز أن يكون أصلاً مع القدرة على ابنة مخاض، كالزكاة.

---

(١) المراد بالتخميس: تخميس دية الخطأ كما في المسألة التالية برقم (١٧٢٦/ ٧) فالتخميس، وتحمل العاقلة تتعلق بدية الخطأ فقط. انظر: المغني ١٢/ ١٣.

(٢) وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: ررؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/١٠٦٩؛ والمغني ١٢/١٩؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٥٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٤.

(٣) انظر الأم٦/ ١٢٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ١١٩.

(٤) رواه أبوداود في الديات: باب الدية كم هي؟ (٤٥٤٥) ٤/ ١٨٣، وابن ماجة في الديات: باب دية الخطأ (٢٦٣١) ٢/ ٨٧٩؛ والنسائي في القسامة: ذكر دية أسنان الخطأ (٧٠٠٥/ ١). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٢٣٤، والترمذي في الديات: باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل؟ (١٣٨٦) ٤/ ١٠-١١، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها، (٢٦٥) ٣/ ١٧٣، وابن الأعرابي في معجمه (٦٦١) ٤/ ٢٨ الجميع من طريق حجاج بن ارطأة، عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطائي، عن عبدالله بن مسعود مرفوعا. قال النسائي: الحجاج بن أرطأة ضعيف لا يحتج به. انظر: السنن الكبرى ٤/ ٢٣٤. وقال الترمذي: حديث ابن مسعود لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وقد روي عن عبدالله موقوفاً. انظر: سنن الترمذي ٤/ ١١؛ وقال الدارقطني: هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث. انظر: سنن الدارقطني ٣/ ١٧٣. إذاً الحديث سنده ضعيف.

ولأن ابن لبون بمنزلة ابنة مخاض[١]، بدليل قوله: «فإن لم تكن ابنة مخاض فابن لبون»[٢] فإذا كان كذلك كان إيجاب عشرين ابنة مخاض، وعشرين ابنة لبون بمنزلة إيجاب أربعين ابنة مخاض وهذا لا يجوز[٣].

[١٧٢٣/٨] **مسألة:** الدراهم والدنانير مقدرة، وهي أصل بأنفسها[٤].

خلافاً للشافعي في قوله الجديد: هي بدل عن الإبل يعدل إلىٰ قيمتها حين القبض زائدة وناقصة[٥].

لما روىٰ ابن عباس أن النبي ﷺ قضىٰ بالدية اثني عشر ألفاً»، وفي لفظ آخر «أن

---

(١) وذلك في الزكاة إذا لم يجد ابنة مخاض. انظر: المغني ١٢/ ٢٠-٢١.

(٢) واه أبوداود في الديات: باب الدية كم هي؟ (٤٥٤٥) ٤/ ١٨٣، وابن ماجة في الديات: باب دية الخطأ (٢٦٣١) ٢/ ٨٧٩؛ والنسائي في القسامة: ذكر دية أسنان الخطأ (٧٠٠٥/ ١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٤/ ٢٣٤، والترمذي في الديات: باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل؟ (١٣٨٦) ٤/ ١٠-١١، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها، (٢٦٥) ٣/ ١٧٣، وابن الأعرابي في معجمه (٦٦١) ٤/ ٢٨ الجميع من طريق حجاج بن ارطأة، عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطائي، عن عبدالله بن مسعود مرفوعاً. قال النسائي: الحجاج بن أرطأة ضعيف لا يحتج به. انظر: السنن الكبرىٰ ٤/ ٢٣٤. وقال الترمذي: حديث ابن مسعود لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وقد روي عن عبدالله موقوفاً. انظر: سنن الترمذي ٤/ ١١؛ وقال الدارقطني: هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث. انظر: سنن الدارقطني ٣/ ١٧٣. إذاً الحديث سنده ضعيف.

(٣) وذلك لأنه لايجمع بين البدل والمبدل في واجب. انظر: المغني ١٢/ ٢١.

(٤) وبه قال أبوحنيفة، ومالك، والشافعي في قوله القديم. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٩٩؛ والمغني ١٢/ ٦؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٥٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٤.

(٥) ورجحه النووي. انظر: الأم ٦/ ١٢٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٤.

رجلاً من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً»[(١)] ولا يصح حمله على أنه قوم / الإبل فبلغ قيمتها اثني عشر ألف درهم لوجهين، أحدهما: أن [١٨٧] إطلاق القضاء يقتضي أنه ابتداء حكم، كما روي في الجنين بغرة عبداً، أو أمة[(٢)].

والثاني: أنه قال قضى بديته، وعلى ما قالوه يكون القضاء لاعن ديته.

ولأن الأثمان إذا وجبت بسبب المتلف كانت بدلاً عنه، أصله: سائر المتلفات، وعندهم هي بدل عن الإبل.

ولا معنى لقولهم: إن سائر المتلفات لايدخلن لغير الأثمان في بدلها، والحق لغير الأثمان بدل فيه، لأن الأصل في ضمان المتلفات الأثمان، فإذا كان في قتل الحر الحيوان لم يجز بدل على أن الأثمان التي هي أصل لا تثبت بالقتل.

ولا معنى لقولهم: إنا نقبله، فنقول: فلم تكن الدارهم والدنانير محدودة مقدرة، لأنه لا يمتنع أن تكون محدودة فيه، وإن لم تكن محددة في غيره كما كانت محددة فيه، ولأن الدية معنى جعلت الإبل فيه أصلاً، فكان الذهب والورق فيه

(١) رواه أبوداود في الديات: باب الدية كم هي؟ (٤٥٤٦) ٤/ ١٨٣، وابن ماجة في الديات: باب دية الخطأ، (٢٦٢٩)، (٢٦٣٢) ٢/ ٨٧٨-٨٧٩، والنسائي في القسامة: كم الدية من الورق (٧٠٠٧/ ٢). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٢٣٤، والترمذي في الديات: باب ما جاء في الدية كم هي من الدراهم؟ (١٣٨٨) ٤/ ١٢، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٥١)، (١٥٢) ٣/ ١٣٠، والبيهقي في الديات: باب تقدير البدل باثني عشر ألف درهم، أو بألف دينار على قول من جعلهما أصلين. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٧٨-٧٩. وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٣٠٤.

(٢) رواه البخاري في الديات: باب جنين المرأة (٦٩٠٧). صحيح البخاري ٤/ ٢٧٥، ومسلم في القسامة: باب دية الجنين ووجوب الدية (١٦٨٩)(٣٩) صحيح مسلم ٣/ ١٣١١.

أصلا، دليله: الزكاة.

[**١٧٢٤/٩**] **مسألة**: الدية من الذهب ألف دينار، ومن الورق اثني عشر ألفاً[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي من الذهب ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف[٢].

لما تقدم من حديث ابن عباس أن رجلاً قتل على عهد رسول الله ﷺ فجعل ديته اثني عشر ألف درهم»[٣].

ولا معنى لقولهم: إنه جعل ديته اثني عشر ألفاً على وزن ستة، والذي روي عنه عشرة آلاف على وزن سبعة فيؤدي إلى الجمع بين الروايتين، لأن النبي ﷺ لم يخاطب إلا بوزن الإسلام، والأوزان المذكورة في الشرع كلها محمولة على وزن سبعة، ألا ترى أنه قال: هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهماً درهماً، وليس عليهم شيء فيما دون مائتي درهم، فإذا كانت مائتي درهم ففيها خمس، ومازاد فعلى حساب ذلك[٤]، فحمل ذلك على قدر الإسلام، وكلما جاز أن يضمن

(١) وبه قال مالك، والشافعي في القديم. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٠؛ والمغني ١٢/ ٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٣؛ والحاوي الكبير ١٢/ ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٢٥٣.

(٣) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٤) واه أبو داود في الزكاة: باب زكاة السائمة (١٥٧٢) سنن أبي داود ٢/ ١٠١-١٠٢، والترمذي في الزكاة: باب ما جاء في زكاة الذهب والورق (٦٢٠) سنن الترمذي ٣/ ٧، وابن ماجة في الزكاة: باب في زكاة الورق والذهب (١٧٩٠) سنن ابن ماجة ١/ ٥٧٠، وقد حسنه الألباني. انظر: صحيح سنن ابن ماجة ١/ ٢٩٨.

بعشرة آلاف جاز أن يضمن بزيادة على ذلك، كسائر المتلفات.

ولامعنى لقولهم: إن سائر المتلفات يجوز أن تضمن بأكثر من اثني عشر. لأنه لا يمتنع أن لا يضمن بزيادة على اثني عشرة ألف، ويضمن بها كما قالوا: يضمن بعشرة لا زيادة عليها.

[١٠/١٧٢٥] **مسألة:** البقر والغنم أصل في الدية، وهي مقدرة بمائتي بقرة، وألفي شاة[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: ليست بأصول، ولامقدرة، ولا يجب الرجوع إليها إلا بالتراضي على طريق القيمة[٢].

لما روى أبوداود بإسناده عن عطاء بن أبي رباح أن رسول الله ﷺ قضى في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاه ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة، وعلى / أهل القمح شيئاً لم يحفظه [١٨٨] محمد[٣]»[٤].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٠، والمغني ١٢/ ٧.

(٢) منهم أبوحنيفة، ومالك، والشافعي. انظر: نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١/ ٢٧٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٤.

(٣) هو محمد بن إسحاق بن يسار، أبوبكر المطلبي مولاهم، المدني، نزيل العراق، إمام المغازي. قال عنه ابن حجر صدوق يدلس. توفي سنة مائة وخمسين. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ١٤٤.

(٤) رواه أبوداود في الديات: باب الدية كم هي؟ (٤٥٤٣) ٤/ ١٨٣، والبيهقي في كتاب الديات: باب إعواز الإبل. السنن الكبرى ٨/ ٧٨، والجميع من طريق موسى بن إسماعيل، ثنا حماد، أخبرنا محمد بن إسحاق، عن عطاء بن أبي رباح مرفوعاً، وهذا الحديث سنده ضعيف، وذلك لأن محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعنه.

وبإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: كان رسول الله ﷺ يقوم دية الخطأ على أهل القرى ـ إلى قوله ـ قضى رسول الله ﷺ على أهل البقر مائتي بقرة، ومن كان دية عقله في شاء فألفا شاة»[١] والمرسل حجة عندنا وعند أبي حنيفة، ومالك.

ولأن البقر والغنم جنس من الماشية تجب الزكاة في عينه، فجاز أن تكون أصلاً في الدية، كالإبل، ولا يلزم عليه الخيل، والبغال، والحمير، لأنه لا تجب الزكاة في عينها، وكل موضع كان الإبل أصلاً فيه كانت البقر والغنم أصلاً فيه، دليله: الزكاة.

ولا معنى لقولهم: الزكاة أعم، لأنها تجب في الحبوب والثمار هي أصول فيها، وليست بأصول في الدية. لأنهما وإن اختلفا في الحبوب والزروع، فقد تساويا في الإبل والدراهم والدنانير، وأنها أصل في كل واحد منهما، وعلى أنه ليس إذا كانت الدية أخص يجب أن نقف على أصل واحد، كالطهارة للصغرى، وهي أخص من الكبرى، ولا تقف على عضو.

[١٧٢٦/١١] **مسألة:** وفي الهاشمة عشر من الإبل، وهي التي تكسر العظم وتهشمه[٢].

---

(١) رواه أبو داود في الديات: باب ديات الأعضاء (٤٥٦٤) ٤/ ١٨٨ من طريق شيبان، ثنا محمد بن راشد، ثنا سليمان ابن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم. هذا الحديث في سنده محمد بن راشد اليمامي وهو ضعيف. إذاً سند هذا الحديث ضعيف. وحكم الألباني على هذا الحديث بالضعف. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٠٣.

(٢) وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٩٠؛ والمغني ١٢/ ١٦٢؛ والمبسوط ٢٦/ ٧٤؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٦٦.

خلافاً لأصحاب مالك، فقال الأبهري: إنه كان يقول فيها ما في المنقلة[١]. وقال ابن القصار: فيها (أرش)[٢] الموضحة[٣]، وحكومة[٤]،[٥].

لأنها شجة تختص باسم تقدمها شجة فيها مقدر، فوجب أن يكون فيها مقدر، كالمأمومة[٦].

وقولنا: «تختص باسم» احتراز من الموضحة إذا زادت قسطا العظم، فإنها دون الهاشمة وفوق الموضحة، وليس فيها مقدر، لأنها لا تختص باسم.

وقولنا: «تقدمها شجة فيها مقدر» احتراز من السمحاق[٧]، فإنها تختص باسم، ولا مقدر فيها، لأنه لا يتقدمها شجة فيها مقدر.

[١٧٢٧/١٢] **مسألة:** وفي أشراف الأذنين الدية، وهو الجلد القائم بين العذار والبياض الذي حولها[٨].

---

(١) المنقلة: هي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها، فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم. انظر: المغني ١٢/ ١٦٤.

(٢) في المخطوط (أرض)، والأرش: هو قسط ما بين منه الصحيح والمعيب من الثمن. انظر: الدر النقي ١/ ٤٦٦.

(٣) الموضحة: هي التي تصل إلى العظم، وتكون في الرأس والوجه فقط. انظر: المغني ١٢/ ١٥٨.

(٤) الحكومة: أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم وهي به قد برأت، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية. انظر: المغني ١٢/ ١٧٨.

(٥) انظر: التفريع ٢/ ٢١٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٠.

(٦) هي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ، وهي جلدة فيها الدماغ. انظر: المغني ١٢/ ١٦٥.

(٧) السمحاق: قشرة رقيقة فوق العظم. انظر: الدر النقي ٢/ ٧٣٦.

(٨) وبه قال الحنفية، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٨٢؛ والمغني ١٢/ ١١٤؛ وفتح القدير ٩/ ٢١٥ وتكملة المجموع ١٩/ ٨٠-٨١.

خلافاً لمالك في قوله: فيها حكومة[١].

لما روىٰ عمرو بن حزام أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «وفي الأذنين الدية»[٢].

ولأن كل ما كان علىٰ البدن منه عضوان ففيهما الدية، كاليدين، والرجلين[٣]، ولا يدخل عليه الإبهامان، لأن علىٰ البدن منهما أكثر من اثنين.

[١٧٢٨/١٣] **مسألة:** وفي الأجفان الأربعة الدية[٤].

خلافاً لمالك في قوله: فيها حكومة[٥].

لأنها من تمام الخلقة، وفيها الجمال والمنفعة أما الجمال فظاهر، ولأنه من لاجفن لعينيه فلا أقبح من هذا الشين، وأما المنفعة فإنها تقيه الحر، والبرد، وتحفظ البصر، فكانت الدية فيها كاملة، كالأصابع.

[١٧٢٩/١٤] **مسألة:** إذا قطع اليد من نصف الذراع[٦] أو المرفق[٧]/ أو [١٨٩]

---

(١) قال ابن عبد البر في الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٦: «اختلف عن مالك في أشراف الأذنين وروي عنه فيهما الدية، وروىٰ عنه أنه ليس فيهما إلا حكومة». وانظر: بداية المجتهد ٢/ ٤٢١.

(٢) رواه البيهقي في الديات: باب الأذنين. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٨٥. وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٢١.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ١١٥.

(٤) وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٨١؛ والمغني ١٢/ ١١٣؛ والمبسوط ٢٦/ ٧٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٦.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٢.

(٦) ذراع الآدمي من مرفقه إلىٰ رأس يده. انظر: الدر النقي ٣/ ٥٤٦.

(٧) المرفق: هو موصل الذراع في العضد. انظر: مختار الصحاح، مادة «رفق».

العضد[١]، ففيها نصف الدية، كما لو قطعت من الكف[٢]، [٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يجب في الكف نصف الدية، وفيما زاد عليه حكومة، وهو قياس المذهب، وقياس قول أبي بكر[٤].

لأنه لما تبع الكف الأصابع في الدية يجب أن يتبع الذراع والعضد للأصابع في الدية، لإشتراكهما في اسم اليد، وكذلك لو قطع حشفة الذكر، أو قطع حلمة الثدي وجب في ذلك الدية، ولو قطع جميع الذكر والثدي وجب فيه الدية تبع بقية الذكر وبقية الثدي الدية لمشاركته في الاسم[٥].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه ليس بين الأصابع والراحة عضو له أرش، وكذلك في حشفته والثدي، وهاهنا بين الأصابع وبين الذراع عضو له أرش، وهو الراحة. لأن علة الأصل تبطل إذا [قطع][٦] مارن الأنف مع العظم، فإنه يجب فيه دية وحكومة، ولا حائل بينهما[٧].

[١٧٣٠/١٥] **مسألة:** وفي العين التي لا يبصر بها، واليد الشلا، والسن

---

(١) العضد: مابين المرفق إلىٰ الكتف. انظر: المصباح المنير، مادة «عضد».

(٢) الكف: هو راحة اليد. انظر: الدر النقي ٢/ ٢٠٧.

(٣) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٢؛ والمغني ١٢/ ١٣٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٧.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٩؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٨٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٤٣؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٠٥؛ والمغني ١٢/ ١٣٩.

(٥) انظر: كشاف القناع ٦/ ٤٨-٤٧.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: كشاف القناع ٦/ ٣٩.

السوداء، ولسان الأخرس، والذكر الأشل، وذكر الخصي، والأصبع الزائدة ثلث الدية[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يجب في جميع ذلك حكومة[٢].

لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية»[٣].

ولا معنى لقولهم: إنه كان على طريق الحكومة. لأن إطلاق القضاء يقتضي أنه ابتداء حكم، كما روي أنه قضى في الجنين بغرة (عبد)[٤]، أو أمة»[٥].

ولأن اليد الشَّلاءَ والذكر الأشل في صورة الصحيح، بمعنى أنه كامل الأبعاض، وإنما عدم كمال منفعته، وهذا لا يمنع التقدير كأنف الأخشم، وأذن الأطروش، لأن منافع الأذن أنها تحس الصوت، والأنف يحس الروائح، ومع هذا

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٨٨-١٠٨٩؛ والمغني ١٢/ ١٤٥-١٥٥.

(٢) وبه قال الجمهور، ورواية عن الإمام أحمد هي المذهب عند الحنابلة. انظر: المبسوط ٢٦/ ٨٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٢؛ والأم ٦/ ١٣٢: وتكملة المجموع ١٩/ ٧٦؛ والمغني ١٢/ ١٥٥؛ والإنصاف ١٠/ ٨٨.

(٣) رواه أبو داود في الديات: باب ديات الأعضاء (٤٥٦٧) ٤/ ١٨٩، والنسائي في القسامة: العين العوراء السادة لمكانها إذا طمست (٧٠٤٤/ ١). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٢٣٤، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها، (١٤٧) ٣/ ١٢٨-١٢٩. الجميع من طريق العلاء بن الحارث، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعا، وهذا إسناد حسن. وقد حسن الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٢٨.

(٤) في المخطوط (عبداً).

(٥) سبق تخريجه في مسألة [٨/ ١٧٢٣] من هذا الكتاب.

ففيه مقدر، كذلك هذا قد عدم من الذكر الإنزال والإحبال، وبقىٰ فيه بعض المنفعة، وهو حبس البول، وحصول البول منه، فلا يمنع التقدير، ومجرد الحمل لا يوجب عند الشافعي كمال الدية، كالشعور كلها[1].

[١٦/١٧٣١] **مسألة:** في كسر الضلع بعير، وفي الترقوة[2] بعير، وفيهما جيمعاً بعيران، وفي الذراع، والساعد، والفخذ في كل واحد بعيران، وفي الزند بعيران، وفيهما أربعة أبعرة[3].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: ليس في ذلك شيء مقدر[4].

لما روىٰ سليمان بن يسار أن عمر قضىٰ في الذراع، والعضد، والفخذ، والساق، والورك إذا كسر واحد منهما فجبر فلم يكن به دحور ـ يعني ـ / عوج [١٩٠] ببعير، فإن كان فيها دحور فبحساب ذلك»[5].

وروىٰ عمرو بن شعيب أن عمر قضىٰ في إحدىٰ الزندين ببعيرين، وفيهما

---

(١) إتلاف الشعور عند الشافعية يجب بها حكومة فقط . انظر : المجموع ١٩/ ١٢٤ .

(٢) الترقوة : هو العظم المستدير حول العنق من النحر إلىٰ الكتف . انظر : المغني ١٢/ ١٧٢ .

(٣) انظر : كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٨١ ؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٠٣ ؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٩٢ ؛ والمغني ١٢/ ١٧٢ـ١٧٣ .

(٤) منهم الحنفية ، والمالكية، والشافعية . انظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٣ ؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٤ـ٤٢٥ ؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٦٥ .

(٥) رواه عبدالرازق في العقول : باب الترقوة (١٧٥٧٨)، وفي باب الضلع (١٧٦٠٧). من طريق ابن جريج، ومعمر، والثوري، عن زيد بن أسلم، عن مسلم بن جندب، عن أسلم مولىٰ عمر، عن عمر موقوفاً . مصنف عبدالرازق ٩/ ٣٦١ـ٣٦٢، ٣٦٧، والبيهقي في الديات : باب ما جاء في الترقوة والضلع . السنن الكبري للبيهقي ٨/ ٩٩ . وسند البيهقي هو نفسه سند عبدالرازق، وهو سند صحيح .

جميعا بأربعة أبعرة»[١]. وقد بينا[٢] أن إطلاق القضاء يقتضي حكماً مبتدأ.

ولأن أكثر ما فيها العظام أنها باطنة، وهذا لا يمنع التقدير، كالهاشمة، والمنقلة، وكسر الصلب إذا منعه المشي، وذلك أن الهاشمة تضمن بزيادة على الموضحة بخمس من الإبل، وتلك الزيادة لكسر العظم، وكذلك المنقلة تضمن بزيادة عشر، وليس ذلك إلا كسر العظم ونقله، ولهذا المعنى لو أراد أن يقتص من الجاني موضحة ويأخذ ما زاد عليها خمس في الهامشة وعشر في الموضحة كان له ذلك، ولايلزم عليه كسر العصعص[٣] وحرزة الصلب[٤]، لأن إلحاقه بما ذكرنا أولى، لأنه يعضد[٥] قول الصحابي.

[١٧٣٢/١٧] **مسألة:** في كل ظفر من أصابع اليدين والرجلين بعيران[٦].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: ليس فيها مقدر، والواجب فيها حكومة[٧].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في الديات: الزند يكسر. (٧٨٢٩) من طريق حجاج، عن أبي مليكة، عن نافع بن عبدالحارث، عن عمر موقوفاً. وهذا الأثر سنده ضعيف. وذلك لأن حجاج بن أرطأة مدلس وقد عنعنه.

(٢) في مسألة [٨/ ١٧٢٣] من هذا الكتاب.

(٣) العصعص: بالضم عجب الذنب وهو عظمه. يقال أنه أو ما يخلق وآخر ما يبلى. انظر: مختار الصحاح، والقاموس المحيط. مادة «عصعص».

(٤) الصلب: عظم من لدن الكاهل إلى العجب. انظر: القاموس المحيط، مادة «صلب».

(٥) هكذا بالمخطوط ولعل صحة العبارة يعضده قول الصحابي، أو يعضد بقول الصحابي.

(٦) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٠١ قال صاحب الحاشية: وهو من مفردات المذهب.

(٧) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعي. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١١٣، والذخيرة ١٢/ ٣٦٠، والأم ٦/ ٨٩.

لما روي عن ابن عباس قال: في الظفر خمس دية الإصبع»[١].

ولأنه عظم ظاهر، فكان فيه مقدر، دليله: الأسنان.

ولأن بفقد الظفر يمتنع القصاص من أصبع لها ظفر، فكان فيه مقدر، دليله: لو ذهب منها أنملة، وقد نص الشافعي في منع القصاص في الأم[٢].

[١٧٣٣/١٨] **مسألة:** في موضحة الوجه خمس من الإبل في أي موضع من الوجه كانت[٣].

خلافاً لمالك [في قوله][٤] في موضحة الأنف واللحىٰ السفلىٰ حكومة[٥].

لما روىٰ عمرو بن حزم قال: كان في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ: «وفي الموضحة خمس من الإبل»[٦].

---

(١) رواه عبدالرازق في العقول: باب الظفر (١٧٧٤٤) ٩/ ٣٩٣، وابن أبي شيبة في الديات: الظفر يسود ويفسد (٧١٧٢) المصنف ٩/ ٢٢٠، الجميع من طريق عمرو بن هرم، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس موقوفاً. وهذا الأثر سنده صحيح. وقد صحح هذا الأثر الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣١٩.

(٢) انظر: الأم ٦/ ٨٩.

(٣) وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٨٩؛ والمغني ١٢/ ١٥٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٦.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٢١٦؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٨٣٩٩.

(٦) رواه أبوداود في الديات: باب ديات الأعضاء (٤٥٦٦) ٤/ ١٨٩، والنسائي في القسامة: ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له (٥/٧٠٦٢). السنن الكبرىٰ للنسائي ٤/ ٢٤٧، والترمذي في الديات: باب ما جاء في الموضحة (١٣٩٠) ٤/ ١٣، وابن ماجة في الديات: باب الموضحة (٢٦٥٥) ٢/ ٨٨٦، وابن الجارود: باب في الديات (٧٨٥). المنتقىٰ لابن الجارود ص ١٩٨، والبيهقي في الديات: باب أرش الموضحة. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٨١. وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٢٦.

ولأنه موضع من الوجه، فوجب أن يكون الواجب في موضحته مقدر، كالجبهة.

[١٧٣٤/١٩] **مسألة:** ما دون الموضحة من الجراح لا يجاوز بها أرش الموضحة(١).

خلافاً لمالك في قوله: يبالغ بها، ويزاد عليها(٢).

لأن الموضحة تزيد على مادونها (فلا يزاد عليها)(٣)، ألا ترى أن اليد الشلاء لما كانت دون الصحيحة لم يزد أرشها عليها، ولا يبالغ بها.

[١٧٣٥/٢٠] **مسألة:** إذا أوضحه، فذهب عقله، فعليه أرش الموضحة ودية كاملة لذهاب العقل(٤).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليه دية للعقل، ويدخل أرش الموضحة فيها(٥).

لأنها جناية زالت بها منفعة حالة في غير موضع الجناية، فوجب أن لا يدخل

---

(١) وبه قال أبوحنيفة، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٣؛ والمغني ١٢/ ١٦٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢٦.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٢١٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٧١.

(٣) في المخطوط (لا تزيد).

(٤) وبه قال مالك، وأحد قولي الشافعي، ورجحه الشيرازي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٤، والمغني ١٢/ ١٥٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٧٢؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٨٨.

(٥) وهو أحد قولي الشافعي. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣٢؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٩١؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٨٨.

أرشها في دية المنفعة، أصله: إذا أوضحه فزال بها سمعه، أو بصره، أو كلامه[١]، ولايلزم عليه إذا قلع شحمة العين تجب دية البصر، ولا تجب دية الشحمة، لأن المنفعة حالة في الشحمة، فكذلك إذا قطع اللسان فذهب الكلام وجب دية واحدة[٢]، / ولو قطع نصف لسانه فذهب ربع الكلام فعليه نصف الدية[٣]، لأن [١٩١] اللسان محل الكلام، ولايلزم عليه إذا أوضحه فمات منها، لأن الجناية وقعت على محل الحياة، وأن الحياة توجد في كل جزء من البدن، ونحن قلنا: «زالت بها منفعة حالة في غير موضع (الجناية)[٤]» به، والحياة في موضع الجناية

[١٧٣٦/٢١] **مسألة:** إذا قلع سن رجل، فنبتت فلا شيء على القالع[٥].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: على القالع الأرش[٦].

لأن السن إذا نبتت وعادت كما كانت فقد زال أثر الجناية والشين الحاصل بها، فلو أوجبنا الأرش لأوجبناه لأجل الألم الذي أصابه، والألم بلا أثر لا يوجب الأرش، ألا ترى أن رجلاً لو لطم رجلاً، أو ضربه بخشبه فآلمه لم يجب عليه الأرش[٧]، لأنه لم يؤثر فيه.

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ١٥٢.

(٢) انظر: كشاف القناع ٦/ ٤٠

(٣) انظر: كشاف القناع ٦/ ٤٠

(٤) في المخطوط (الحياة).

(٥) وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٤؛ والمغني ١٢/ ١٣٢-١٣٣؛ والمبسوط ٢٦/ ٨١؛ والذخيرة ١٢/ ٣٥٨-٣٥٩.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٦٦.

(٧) انظر: المغني ١٢/ ١٥٢.

ولامعنىٰ لقـولهم: إن الأرش في مقابلة السن المقلوعة لا في مـقابلة الألم. لأنهـا إذا ثبت بدلهـا سـقط أرش المقلوعـة، بدليل: سن الصـبي الذي لـم يثـغر إذا قلعت ثم نبتت لم يضمن.

ولأنه قـد خلفهـا في مـوضع سن أخرىٰ مثلهـا، فوجب أن لا يلزم الجـاني أرش المقلوعة، دليله: سن الصبي إذا قلعت ثم نبتت.

ولا معنىٰ لقـولهم: إن تلك معرضـة للسقوط، وعـود ما هو خيـر منها. لأنه لو أتلف به شجـرة معـرضـة لـلسـقـوط فنبتت من أصلهـا أخـرىٰ خيـر منـهـا لـم يسـقط الضـمـان، فعلـم أن العلة مـا ذكرنا، وأنـه قد نبـتت سن أخـرىٰ مـثلهـا، أو لأجل أن الضمان ثبت لأجل أثر الجناية، والأثر قد زال.

ولامـعنىٰ لقـولهـم: إن سن الصـبي لايجب ضـمـانها في الحـال انتظاراً لـعـود مثلها، والعـود هاهنا غير مترقب. لأنـه لا يجب ضمـانها في الحـال، بل ينتظر بهـا كمـا ينتظر سن الصبي، وهو ظاهر كلامه في رواية ابن منصور، فـقال: والسن إذا قلعت يستأني بهـا سنة، ولو سلمنا هذا لـم يضـمن، لأن هذا الاخـتـلاف إنما هو لأن الله تعالىٰ قـد أجرىٰ العـادة أن يعيد سن الصـبي، ولا يعيد سن البـالغ، وهذا لايمنع التسـاوي في سقوط الضـمـان (ألا)[1] ترىٰ أنه إذا ضرب عـينه فابيضت استنوي بها ولـم يجب ضمانه في الحال، فإذا استقر البياض وجب الضمان، فإن زال بعد ذلك سقط الضـمان[2]، وإن كان زواله في حالة لا ينتظر فيهـا، كما سقط إذا زال البياض

---

(١) في المخطوط (إذا).

(٢) انظر: كشاف القناع ٦/ ٣٥.

في ابتداء الحال، كذلك سن الصبي والبالغ مثله.

ولا معني لقولهم: إن الضوء عوض، فإذا عاد علمنا أنه ذلك العوض، وليس كذلك هاهنا، لأن السن لأبيها[(١)] عن مشاهدة بالثانية غير الأولىٰ، لأن علة الأصل [ ][(٢)] للأعواض / لا تبقىٰ [ ][(٣)] وعلة الفرع تبطل سن الصبي، فإن [١٩٢] الثانية غير الأولىٰ ولا ضمان.

[١٧٣٧/٢٢] **مسألة:** فإن (قلع)[(٤)] سن صغير لم يسقط بعد، وهي سن اللبن، وانتظر بها سنة، ونبتت أخواتها، ولم تعد هي ففيها حكومة[(٥)].

خلافاً للشافعي في قوله: تجب دية السن كمالها، وهي خمس من الإبل[(٦)].

لأنها جناية علىٰ سن صبي لم تسقط، فلم تضمن بالدية، كما لو ضربها فاسودت.

ولامعنىٰ لقولهم: إن تلك الجناية لو كانت علىٰ سن كبير لم يضمن الدية. لأنا لا نسلم هذا، وهي مسألة تأتي بعد.

---

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) بياض بالمخطوط مقدار كلمة.

(٣) كلمة لم تتضح بالمخطوط.

(٤) في المخطوط (قطع).

(٥) المذهب عند الحنابلة أن فيها دية إذا لم تعد. انظر: المغني ١٢/ ١٣٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤١١.

(٦) وبه قال المالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٣٩؛ والذخيرة ١٢/ ٣٧١.

ولا معنى [لقولهم][1]: إن هناك أذهب بمجرد الجمال، فلا منفعة، لأن أذن الأطروش، وأنف الأخشم (لمجرد)[2] الجمال، وتضمن بالدية.

ولأن الدية تجب بإتلاف عضو له منفعة مستدامة، ومنفعة هذا السن غير مستدامة[3]، لأنها معرضة للسقوط.

[١٧٣٨/٢٣] **مسألة:** يجري القصاص في كسر السن كما يجري [في][4] قلع السن[5].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لا يجري[6].

لما روي أن الربيع[7] كسرت سن جارية، فقال النبي ﷺ: «يكسر سنها، كتاب الله القصاص»[8].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) في المخطوط (مجرد).

(٣)انظر: كشاف القناع ٦/ ٤٣.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية، وقول للشافعي. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٠٦٢؛ والمغني ١١/ ٥٥٢-٥٥٣؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٣٤؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٢٥٦؛ والحاوي الكبير ١٢/ ١٦٠. ومغني المحتاج ٤/ ٣٥.

(٦)انظر: روضة الطالبين ٧/ ٧٠، ومغني المحتاج ٤/ ٣٥.

(٧) هي الربيع بنت النضر بن ضمضم، صحابية من الخزرج الأنصار. انظر: أسد الغابة ٧/ ١٠٨.

(٨) رواه البخاري في الديات: باب السن بالسن، (٦٨٩٤) ٤/ ٢٧١، ومسلم في القسامة: باب إثبات القصاص في الأسنان وما في معناها، (١٦٧٥) (٢٤) ٣/ ١٣٠٢.

والكسر : عبارة عن تفريق للأجزاء[١]، والقلع : عبارة عن إبانة الجملة[٢]، ولهذا يقال : كسر اللون إذا تفرقت أجزاؤه.

ولأنه يمكن استيفاء القصاص من بعضه، لأنه ظاهر يمكن اعتباره بالمساحة، وتؤمن السراية على نفسه، لأنه عظم صلب، فهو كالقصاص من بعض الأذن والأنف، ويفارق هذا بقية العظام، لأنها ليست ظاهرة، ولأنه لا تؤمن السراية على بقيتها، لأنها تعلو شظايا لضعفها.

[**١٧٣٩/٢٤**] **مسألة**: إذا ضرب سن رجل فاسودت وجب أرش السن كاملاً، وهو خمس من الإبل[٣].

خلافاً للشافعي، وأبي بكر من أصحابنا : فيها حكومة[٤].

لأنه أتلف الجمال على الكمال، فوجب أن يكمل أرشه، كما لو قطع أذن الأطروش، وأنف الأخشم[٥].

[**١٧٤٠/٢٥**] **مسألة**: إذا (قطع لسان)[٦] صبي صغير لم ينطق وجب على

---

(١) انظر تاج العروس ، مادة «كسر» و «قلع» .

(٢) انظر تاج العروس ، مادة «كسر» و «قلع» .

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٠٥؛ والمغني ١٢/ ١٣٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٠٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣٣؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٧٩.

(٤) وهي رواية ثانية عن الإمام أحمد. انظر: روضة الطالبين ٧/ ١٤١؛ والمغني ١٢/ ١٣٧ .

(٥) حيث تجب دية الأذن كاملة ، وكذلك الأنف . انظر : كشاف القناع ٦/ ٣٧ .

(٦) في المخطوط : (قلع سن) والصحيح ما أثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٥ .

(القاطع)[١] دية كاملة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تجب حكومة[٣].

لأن ما كملت ديته من الكبير كملت ديته من الصغير، أصله: يده، ورجله، وسائر أطرافه[٤].

ولأن العادة أنه صحيح ناطق، فوجب أن يكون مضموناً بكمال ديته.

[١٧٤١/٢٦] مسألة: في عين الأعور الدية كاملة[٥].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: فيها نصف الدية[٦].

لأنه إجماع الصحابة، روىٰ ذلك عن عمر[٧]، وعثمان[٨]، وعلي[٩]، وابن

---

(١) في المخطوط: (القالع).

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٥؛ والمغني ١٢/ ١٢٩؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٣٦.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١١٣.

(٤) حيث لا فرق بين يد الصغير والكبير، ورجل الصغير والكبير.

(٥) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٥-١١٠٦؛ والمغني ١٢/ ١١٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٠٨.

(٦) انظر: المبسوط ٢٦/ ٧٠؛ والأم ٦/ ١٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٣٤.

(٧) أثر عمر رواه ابن أبي شيبة في الديات: الأعور تفقأ عينه، (٧٠٦٠) ٩/ ١٩٦، والبيهقي في الديات: باب الصحيح يصيب عين الأعور، والأعور يصيب عين الصحيح. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٩٤. الجميع من طريق قتادة، عن أبي مجلز، عن ابن عمر، عن عمر موقوفاً، وهذا الأثر اسناده صحيح. وقد صححه الألباني. انظر: ارواء الغليل ٧/ ٣١٥.

(٨) أثر عثمان رواه ابن أبي شيبة في الديات: الأعور تفقأ عينه (٧٠٦١) ٩/ ١٩٦-١٩٧، والبيهقي في الديات: باب الصحيح يصيب عين الأعور، والأعور يصيب عين الصحيح. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٩٤. الجميع من طريق قتادة، عن عبدربه، عن أبي عياض، عن عثمان موقوفاً، واسناد هذا الأثر ضعيف، وذلك لأن أباعياض وعبدربه وهو ابن أبي يزيد مجهولان. انظر: ارواء الغليل ٧/ ٣١٦.

(٩) أثر علي رواه ابن أبي شيبة في الديات: الأعور تفقأ عينه، (٧٠٦٢) من طريق قتادة، عن خلاس، عن علي موقوفا. المصنف ٩/ ١٩٧. وهذا الأثر اسناده صحيح. وقد صححه الألباني. انظر: ارواء الغليل ٧/ ٣١٦.

عمر[١].

ولأنه يستدرك بعينه ما يستدركه ذو العينين، بدليل: أن من أراد [أن][٢] يتأمل الشي اللطيف، فربما غمض إحدى عينيه ليستدرك البعيد، لأن الضوء يجتمع في أحدهما، وبفتحها بنتشر الضوء، وبدليل: أنه ينظر في المدى[٢]/ بالحذى، وينظر [١٩٣] نقط المصاحف، والخط الدقيق ما ينظر ذو العينين، فوجب فيها ما وجب في العينين، ولايلزم عليه الأقطع إذا قطعت يده الثانية، لأنه لا يستدرك بها ما يستدركه باليدين، فلهذا لم يجب فيها جميع الدية، ولايلزم عليه ذهاب بعض ضوء عين الأعور، لأن ظاهر كلام أحمد أن فيه كمال الدية، لأنه قال: إنما جعلت للأعور الدية، لأنها بقية نظره، وعلى أنه لا يستدرك ببعض عينه ما كان يستدركه بجميع الضوء، وهذا معلوم بالمشاهدة، ومثاله: رجل له بابان يخرج من أيهما شاء سد عليه أحدهما أمكنه أن يخرج من الآخر، فلو ضيق عليه الباب الذي يخرج منه أثر ذلك في دخوله.

ولامعنى لقولهم: إنه لا يستدرك بأحدهما ما يستدركه بالعينين، لأن صاحب العينين ينظر من الجانبين والأعور يرى من أحد الجانبين. لأنهما يستويان في المقصود، وهو النظر إلى المدى بالحذى[٣]، وقراءة الخط الدقيق، وكون أحدهما

(١) أثر ابن عمر رواه ابن أبي شيبة في الديات: الأعور تفقأ عينه (٧٠٦٣) من طريق عبدالأعلى، عن معمر، عن الزهري، عن سالم بن عبدالله بن عمر، عن والده موقوفاً. المصنف ٩/ ١٩٧ . واسناد هذا الأثر اسناد الصحيح . وقد صححه الألباني . انظر : ارواء الغليل ٧/ ٣١٦ .

(٢) ساقط من المخطوط .

(٣) هكذا بالمخطوط وفي رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٦ ، ولم أقف على معناها .

ينظر من الجانبين، فهو تفاوت يسير، فهو يجري مجرىٰ التفاوت من عين الشاب والشيخ، (والأحول)[١] وغير (الأحول)[٢]، والأعمش[٣]، وغير الأعمش.

ولا معنىٰ لقولهم: إن عين الشيخ، والأعمش المحل باق، وهاهنا المحل قد زال، لأن المحل وإن كان قد زال فمنفعته باقية فيجب أن تضمن.

[١٧٤٢/٢٧] **مسألة**: إذا قلع الأعور إحدىٰ عيني الصحيح عمداً لم يملك المجني عليه القصاص، وكان له الدية كاملة[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: له القصاص، فإن عفا عن القصاص إلىٰ الدية فله نصف الدية[٥].

فالدلالة علىٰ سقوط القصاص: ماروي أن عثمان بن عفان رفع إليه أعور قلع عين صحيح، فلم يقتص منه، وقضىٰ فيها الدية كاملة»[٦].

---

(١) في المخطوط (الأحوال). والحَوَلُ: ظهور البياض في مؤخر العين، ويكون السواد من قبل المآق. انظر: تاج العروس، مادة «حول».

(٢) في المخطوط (الأحوال). والحَوَلُ: ظهور البياض في مؤخر العين، ويكون السواد من قبل المآق. انظر: تاج العروس، مادة «حول».

(٣) العمش في العين ضعف البصر مع سيلان دمعها في أكثر أوقاتها. انظر: مختار الصحاح، القاموس المحيط. مادة «عمش».

(٤) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٦؛ والمغني ١٢/ ١١١؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٨/ ٢٠.

(٥) انظر: كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤/ ٣٠٢؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٠٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢١٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٦٩.

(٦) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

ولأن المسألة مبنية على أن في عين الأعور دية كاملة، فنقول: أذهب بضوء يجب به نصف الدية، فلم يؤخذ به ضوء يجب به دية كاملة، دليله: لو قلع ذو العينين (إحدى عيني)[1] الصحيح لم تؤخذ عينيه بها، كذلك هاهنا.

ولأن الأعور لم يسلبه النظر، فوجب أن لا يسلب النظر، دليله: لو كان له عينان فقلع إحدى عيني الصحيح، فإنه لا يقلع عينيه، كذلك هاهنا.

والدلالة على أنه يلزمه دية كاملة: أنه مبني على أصلين أحدهما: إنّ في عين الأعور ديةً كاملة، والثاني: إنه لا يقتص منها، فنقول: قد استحق عليه إتلاف ضوء يضمن بدية كاملة، فإذا تعذر ذلك ضمنه بدية كاملة، كالأعمى إذا قلع عينين فإنه يضمن دية كاملة، كذلك هاهنا قد تعذر القصاص، لأن الصحيح العينين لما لم يساو الأعور / في أحد البدلين، وهو القصاص مع وجود التكافيء ساواه في [١٩٤] البدل وهو الدية كالمرأة لما لم تساو الرجل في أحد البدلين وهو الدية مع وجود التكافؤ ساوته في البدل بالآخر وهو القصاص، وهذه الطريقة مبنية على الفصل الأول وأنه يجب القصاص.

[١٧٤٣/٢٨] **مسألة:** تساوي المرأة الرجل في أرش الجراح في ثلث الدية فما دون، فإذا زاد على الثلث فهي على النصف[2].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قوله الجديد: هي على النصف من جراح في

---

(١) في المخطوط (أحد).

(٢) وبه قال مالك، وهو قول الشافعي في القديم. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٦؛ والمغني ١٢/ ٥٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢١.

القليل والكثير[١].

لما روىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتىٰ تبلغ الثلث من ديتها»[٢].

وكل أرش لا يزيد علىٰ الثلث يستوي فيه الذكر والأنثىٰ، دليله: دية الجنين، والجنين الذي يضمن [بالغرة][٣] هو المخلق، وذلك لا يتعذر في الغالب الفصل بين الذكر والأنثىٰ.

ولأن كل فرض مقدر في المال فإن الأنثىٰ تساوي الذكر في اليسير منه، دليله: الثلث في حق الإخوة والأخوات من الأم[٤]، ولا يلزم عليه الأخوة والأخوات من الأب والأم، والبنون والبنات أنهم يتفاضلون[٥]، لأن الحق هناك غير مقدر.

[**٢٩/١٧٤٤**] **مسألة:** إذا وطئ زوجته ومثلها يوطأ فأفضاها، وهو أن جعل مدخل الذكر وهو مجرىٰ المني، والحيض والولد، ومخرج البول واحداً، فلا

(١) انظر: المبسوط ٢٦/ ٧٩؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٧٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢١؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١١٨.

(٢) رواه النسائي في القسامة: عقل المرأة (٧٠٠٨/ ١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٤/ ٢٣٥، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (٣٨) ٣/ ٩١. الجميع من طريق إسماعيل بن عياش، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً. قال النسائي: إسماعيل بن عياش ضعيف كثير الخطأ. انظر: السنن الكبرىٰ للنسائي ٤/ ٢٣٥. وقد ضعف هذا الحديث الألباني. انظر: ضعيف سنن النسائي ص ١٩٩.

(٣) في المخطوط (بالمعرة).

(٤) حيث يقتسمون بالسوية الثلث، نصيب المرأة مثل نصيب الرجل.

(٥) فيأخذ الذكر مثل حظ الأنثيين.

شيء عليه سواء استمسك البول، أو لم يستمسك[1].

خلافاً للشافعي [في قوله][2]: عليه الدية[3].

لأن الإفضاء (حصل)[4] بفعل مستحق، فلم يكن مضموناً عليه، كقطع يد السارق، والقطع على وجه القصاص، ولايلزم عليه إذا رمى الزوج زوجته، والأب ابنه، والمعلم الصبي، فسرى إلى نفسه، أو عضو من أعضائه، فإنه غير مضمون عليه عندنا[5]، ولايلزم عليه إذا رمى صيداً فأصاب آدمياً، لأن ذلك لا يوصف بأنه مستحق وإنما هو فعل مباح.

ولامعنى لقولهم: إن قطع يد السارق غير مضمون فما تولد غير مضمون، والوطء مضمون بالمهر فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً. لأنه يبطل بالمستأجر إذا تلف تحت الحمْل، فإن ذلك الفعل مضمون على المستأجر بالأجرة، ومع هذا فلا يضمن ما تولد منه.

ولأن النكاح عقد على منفعة فما تولد من استيفائها من مستحقها جاز أن لا يضمن، دليله: عقد الإجارة، ولايلزم عليه إذا خرق الثوب من دق القصار أنه يضمنه، لأنه (حصل)[6] من فعل المستحق عليه، لأن القصَّار مستحق عليه العمل،

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٧؛ والمغني ١٢/ ١٧٠.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٦٠.

(٤) في المخطوط (جعل).

(٥) هذا إذا أدب الأب المشروع. انظر: المغني ١٢/ ٥٢٨.

(٦) في المخطوط (جعل).

ومنفعة البضع حق الزوج، فهو كوثوب الناقة والحمل عليها، لا ضمان، لأنه حق له.

[**١٧٤٥/٣٠**] **مسألة:** إذا زنا بأجنبية مطاوعة، فأفضاها لم يجب عليه للإفضاء شيء، بناء على المسألة التي تقدمت[١].

لأن إذنها في الوطء يجري مجري / إذنها بعقد النكاح. [١٩٥]

خلافاً للشافعي في قوله: عليه الدية[٢].

لأنه حادثة من فعل قد أذنت له فيه، فوجب أن لا تكون مضمونة عليه، كما لو أذنت له في قطع يدها[٣]، فسرىٰ ذلك إلىٰ النفس.

[**١٧٤٦/٣١**] **مسألة:** فإن استكرهها على الزنا، فأفضاها، فإن كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية للاستفضاء[٤].

خلافاً للشافعي في قوله: عليه الدية للإفضاء[٥].

لأنها جائفة لا ترفع الحاجز بين مسلك البول والذكر، فهو مثل أن يجرحه وينفذ إلىٰ الجوف، وقال النبي ﷺ: «في الجائفة ثلث الدية»[٦].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٧؛ والمغني ١٢/ ١٧١.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٦٠-١٦١.

(٣) معلوم أن هذا الأذن في قطع اليد لا يجيز للمأذون له أن يقطع اليد، لأن صاحب الأذن لا يملك ذلك.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٨؛ والمغني ١٢/ ١٧١.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٦١.

(٦) رواه البزار في الديات: باب دية الأعضاء من طريق محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلىٰ، عن أبي بكر بن عبدالله بن عمر، عن أبيه، عن عمر مرفوعاً. كشف الأستار ٢/ ٢٠٧، والبيهقي في الديات: باب =

[١٧٤٧/٣٢] **مسألة:** فإن استكرهها على الزنا، فأفضاها والبول لا يستمسك فعليه الدية، وليس عليه حكومة[١].

خلافاً للشافعي [في قوله][٢]: عليه الدية وحكومة[٣].

لأن الدية وجبت لإبطاله منفعة البضع، فوجب أن لا يجب بعدها حكومة، دليله: قطع اللسان، والذكر[٤].

ولا معنىٰ لقولهم: إن استرسال البول نقص في محل آخر، فوجب له حكومة، كما لو أفضاها، وجنىٰ عليها في عضو آخر. لأنا لا نسلم هذا [ ][٥] بل نقول: الدية وجبت لإبطال منفعة العضو، فوجب أن لا يجب مع الدية حكومة، كما قلنا في قطع الذكر.

[١٧٤٨/٣٣] **مسألة:** فإن وطئ امرأة بشبهة، فأفضاها، فإن كان البول يستمسك فعليه المهر وثلث الدية وإن كان لا يستمسك فعليه المهر والدية جميعا[٦].

= المنقلة. من طريق أبي زكريا ابن أبي اسحاق، أنبأنا أبوعبدالله محمد بن يعقوب، أنبأنا محمد بن عبدالوهاب، أنبأنا يعلىٰ بن عبيد، ثنا محمد ابن إسحاق، عن مكحول، عن النبي ﷺ. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/ ٢٦: «رواه البزار وفي إسناده ضعف من جهة محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلىٰ، ورواه البيهقي من وجه آخر أضعف منه».

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٨؛ والمغني ١٢/ ١٧٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ١٦٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٢٦.

(٤) حيث تجب في كل واحد الدية كاملة.

(٥) كلمة لم تتضح بالمخطوط.

(٦) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٨؛ والمغني ١٢/ ١٧٢.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية، وإن كان لايستمسك فعليه الدية ولا مهر لها[1].

فالدلالة على اجتماعهما: أنه أفضاها بوطء في غير ملك سقط الحد فيه عن الموطوءة، فوجب أن يجب لها المهر مع الأرش، دليله: إذا كان يستمسك بولها.

ولامعنى لقولهم: إن الأرش هناك ليس ببدل عن منافع العضو وإنما هو بدل عن الجراحة التي هي بمنزلة الجائفة، فلهذا لم تدخل إحداهما في الأخرى، وهاهنا الدية بدل على منافع العضو، والمهر بدل عنها فلم يجز اجتماعهما بفعل واحد، كما لو أفضاها باصبع. لأن الدية بدل عن الجراحة التي أذهبت بمنفعة العضو، وهو حبس البول، والمهر بدل عن الاستمتاع، وإحدى المنفعتين غير الأخرى ولهذا قلنا: إن الجراحة إذا لم يستطلق معها البول لم يجب كمال الدية، لأنها لم تذهب بمنفعته ففي إحدى الحالتين حصل منه فصل اعتماد وجرى ذلك مجرى الهاشمة في إحدى الحالتين يحصل معها فصل اعتماد فيكسر العظم فيجب فيها خمس، وفي الحالة الأخرى لا تكسر فيكون فيها عشر، ويفارق الإفضاء بالإصبع، لأنه ليس باستمتاع، ألا ترى أنه لا يوجب المهر إذا انفرد، وهذا استمتاع، بدليل: أنه إذا انفرد أوجب المهر، فإذا اجتمع مع الجناية لم يدخل في حكمها. / [١٩٦] ولأنه لو لم يكن هناك شبهة وجب الحد والدية، وإذا حصل شبهة سقط الحد ووجب المهر والدية، لأن المهر يخلف الحد.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣١٩.

[١٧٤٩/٣٤] **مسألة:** إذا قطع ذكر الخصي، أو العنين وجب عليه حكومة[١].

خلافاً للشافعي، والثانية في قوله: تجب الدية[٢].

لأن منفعة الذكر هي الإحبال والإنزال إلىٰ الرحم وقد عدمت هذه المنفعة منه في الحال التي بلغ (كماله)[٣] فصار كاليد الشلاء، والعين العامية، ولايلزم عليه ذكر الصبي، لأنه لم يبلغ إلىٰ حال كماله، فلم يؤثر نقصان الشهوة، كما أن يده لم تبلغ حد قوة يد الرجال ولم تنقص ديتها، ولايلزم عليه ذكر الشيخ الكبير، لأنه تجاوز حد الكمال، فصار ذكره كيده المرتعشة التي لا يبطش بها بطش الشاب.

ولامعنىٰ لقولهم: إن الإحبال والإنزال منفعة حالة في غيره. لأنها به يستوفىٰ، فإذا عدم استيفاؤها به يجب أن لا تضمن بكمال الدية، كما لو كانت المنفعة حالة فيه.

[١٧٥٠/٣٥] **مسألة:** إذا حلق شعر الرأس، أو اللحية، أو الحاجبين، أو الأشفار فلم تنبت ففيه الدية[٤].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٠٩؛ والمغني ١٢/ ١٤٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٠٤؛ والمبسوط ٢٦/ ٨٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٢٢.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ١٤٦؛ وتكملة المجموع ١٦/ ١١٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٧٩؛ والمغني ١٢/ ١٤٦-١٤٧.

(٣) في المخطوط (كالو) والصحيح ما أثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٩.

(٤) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٨٢؛ والمغني ١٢/ ١١٧؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٠٨.

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: لادية ويلزمهما حكومة[١].

لأنه أتلف الجمال على الكمال، فوجب أن يلزمه كمال الدية، كما لو قطع الأنف، والأذن، ولايلزم عليه شعر الصدر، والذراعين، والساقين، لأنه ليس في شيء من ذلك جمال كامل، ولايلزم عليه العين العامية، واليد الشلاء، لأنه ليس فيها جمال كامل[٢]، ولا يلزم عليه إذا حلق نصفها، لأنه يمكن أن يستره ويتجمل بالجانب الآخر، ولا يلزم عليه إذا ذهبت حلقه [ ][٣] دية قياس أحمد فيه الدية، لأنه قد نص عليه إذا مرت سنة، فاسودت فيها دية السن، لذهاب الجمال بها، وكذلك نص على أن في الصعر الدية وهو اعوجاج الوجه[٤]، ولايلزم عليه ذهاب الأظفار، لأن المقصود منها المنفعة، وفواتها لا يفوت المنافع من الأصابع بكمالها.

ولأن المعاني المقصودة في الأدمي هي المنافع والزينة، وإذا جاز أن تجب الدية الكاملة بفوات أحدهما على الانفراد جاز أن يجب بفوات الآخر لكونه أحد المقصودين[٥].

[١٧٥١/٣٦] **مسألة:** دية اليهودي والنصراني إذا كان له عهد وقتله مسلم عمداً مثل دية المسلم وإن قتله خطأ، أو قتله من هو على دينه عمداً وطلبوا الدية

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٧-٣٩٨؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٧.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ١٥٤-١٥٥.

(٣) كلمتان لم تتضحا في المخطوط من جراء تآكله.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ١٥٣-١٥٤.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ١٤٣-١٤٤.

وجب نصف دية المسلم[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ديته مثل دية المسلم في العمد والخطأ[٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: ثلث دية المسلم في العمد والخطأ[٣].

فالدلالة على أن ديته تنقص عن دية المسلم في قتل الخطأ: ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ [قال][٤]: «عقل أهل الكاتبين نصف عقل المسلمين»[٥]. وهم اليهود والنصارى.

ولأن نقصان الأحكام يؤثر في نقصان الدية، بدليل / المرأة لما نقصت أحكامها [١٩٧] أثر ذلك في نقصان ديتها، كذلك الكافر لما نقصت أحكامه، فلا تقبل شهادته، ولا يحد قاذفه وجب أن يؤثر في ديته[٦].

---

(١) وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ١٨٢-١٨٤؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٠٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٣؛ والمغني ١٢/ ٥١-٥٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٢٤.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٢١.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) رواه عبدالرازق في العقول: باب دية أهل الكتاب (١٧٤٧٥) المصنف ١٠/ ٩٢، وابن أبي شيبة في الديات: من قال: الذمي على النصف أو أقل (٧٥٠١) المصنف ٩/ ٢٨٧-٢٨٨، وأبوداود في الديات: باب الدية كم هي؟ (٤٥٤٢) ٤/ ١٨٢-١٨٣، والضحاك في الديات: باب دية الذمي على النصف من دية المسلم (٢٣٨) الديات ص ٦٣، والنسائي في الديات والعقول: كم دية الكافر؟ (٧٠٠٩/ ١)، (٧٠١٠/ ٢). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٢٣٥، والترمذي في الديات: باب ما جاء في دية الكفار (١٤١٣) وقال: حديث عبدالله بن عمرو في هذا الباب حديث حسن. سنن الترمذي ٤/ ٢٥. وقد حسن هذا الحديث الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٠٧.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٥٢.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هناك لما أثر ابن [ ][1] عبداً عمد والخطأ. لأنه إنما استوىٰ هناك، لأنه نقص لازم، فهو آكد، ونقصان الكفر غير لازم، وقد ثبت أن للعمد مزية في الضمان تارة في الصفة، وتارة في المقدار، أما الصفة ففي العمد وشبه العمد، وأما في المقدار ففي القتل في الحرم، وفي الشهر الحرام عندنا يؤثر في مقدار الدية بالثلث، وأيضاً لما كان من جنس الكفر ما يسقط جميع الدية، وهو الارتداد وجب أن يكون معصيتها وسعيها، كما أن الطلاق لما كان من جنسه ما يقطع النكاح ويزيل العصمة كان من جنسه ما ينقصها وسعيها[2].

والدلالة علىٰ أن نقصانها بالنصف: ما تقدم من حديث عمرو بن شعيب وقوله ﷺ: «عقل أهل الكتابين نصف عقل المسلمين».

ولامعنىٰ لقولهم: إن هذا يعارضه حديث عبادة وأن النبي ﷺ قضىٰ في دية اليهودي والنصراني بنصف دية المسلم»[3]. [4]لأنه حمل تأويله علىٰ الوقت الذي

---

(١) بياض بالمخطوط مقداره كلمة أو كلمتين.

(٢) هكذا بالمخطوط ويظهر أن هناك نقصاً في الكلام.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسند عبدالله بن عمرو بن العاص، (٦٧٢٨) مسند الإمام أحمد ٢/ ٦٠٥، والطيالسي في مسند شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو(٢٢٦٨). مسند الطيالسي ص ٢٩٩، وأبوداود في الديات: باب في دية الذمي، (٤٥٨٣) ٤/ ١٩٣، وابن ماجة في الديات: باب دية الكافر (٢٦٤٤) ٢/ ٨٨٣، والترمذي في الديات: باب ما جاء في دية الكافر (١٤١٣) ٤/ ٢٥، والبيهقي في الديات: باب دية أهل الذمة. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٠١. الجميع من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم. وهذا الإسناد حسن. وقد حسن هذا الحديث الألباني. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٠٧.

(٤) لم يظهر لي بين الحديثين تعارض.

كانت الإبل رخاصاً، وكانت قيمة مائة من الإبل ثمانية آلاف، فكانت دية المسلم ما وجب فيها النصف أربعة آلاف، وهي ثلث دية المسلم في وقته الذي هي اثنا عشر ألفاً[١].

ولأنه نقص يؤثر في الدية، فأثر في نصفها، دليله: نقص الأنوثية[٢]، ولايلزم عليه المجوسي، لأن المؤثر هناك نقصان الكفر وعدم الكتاب، بدليل: أنه أثر في ذبيحته، ونكاح ابنته، أو نقول: مضمون بالدية، فلم يضمن بثلث الدية، كالمرأة[٣].

والدلالة على أن ديته مثل دية المسلم: ما روي في حديث عمرو بن شعيب عن النبي ﷺ [أنه قال][٤]: «دية اليهودي مثل دية المسلم»[٥]، ولايمكن حمله على قتل الخطأ، فلم يبق إلا أن نحمله على العمد، ولا يصح حمله على المثل في السن، أو في التأجيل، والتعجيل، لأنه عام في الجميع.

ولأنه قد يروى في حديث سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قضى بديته بألف

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٣.
(٢) انظر: المغني ١٢/ ٥٢.
(٣) انظر: المغني ١٢/ ٥٥.
(٤) ساقط من المخطوط.
(٥) رواه الدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٩١) ٣/ ١٤٥، والبيهقي في الديات: باب دية أهل الذمة. السنن الكبرى ٨/ ١٠٢. والجميع من طريق أبي كرز القرشي، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعا. قال الدارقطني: لم يرفعه عن نافع غير أبي كرز، وهو متروك، وإسمه عبدالله بن عبدالملك الفهري. انظر: سنن الدارقطني ٣/ ١٤٥، إذا سند هذا الحديث ضعيف. وقد قال الألباني عن هذا الحديث «إنه حديث منكر» انظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة ١/ ٤٦٣.

دينار»[١].

ولأنه ذكر مضمون بالإبل فجاز أن يضمن بما فيه منها، دليله: المسلم، ولا يلزم [عليه][٢] الخطأ، لأن التعليل للجواز فلا يدخل عليه الأحوال، ولا يلزم عليه المجوسي، لأنه غير مضمون بالإبل.

ولامعنى لقولهم: إن المسلم يجب ضمانه بمائة، ولامعنى لتعليله بالجواز. لأن له حالة يضمن فيها بمائة وهو الجنين، وهو إذا قتل في دار الحرب ولم يعلم بإسلامه، وكذلك إذا جرح نفسه وجرحه غيره ومات.

ولامعنى لقولهم: وجب أن يستوي في ضمانه العمد والخطأ. لأن للقصد تأثيراً في بدل النفس، يبين صحة هذا: أنه لو قتل مسلماً في دار الحرب يظنه كافراً لم يضمنه، ولو علمه مسلماً ضمنه بالدية[٣]، فكان المعنى المفرق بينهما القصد.

ولأن العمد يوجب / أغلظ البدلين، وهو القصاص الذي يسقط بالشبهة، [١٩٨] فجاز أن يوجبه كمال البدل الثاني، وهو المال، لأنه أضعف، لأن الشبهة لا تسقطه، وهذا المعنى معدوم في الخطأ، ولأن النقص إذا منع من استيفاء القصاص لم يمنع من كمال الدية، كالابن مع أبيه.

ولامعنى لقولهم: إن هناك يستوي فيه العمد والخطأ. لأنا قد بينا الفرق بين العمد والخطأ.

(١) لم أقف عليه.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المبدع ٨/ ٢٥١-٢٥٢.

ولا معنىٰ لقولهم: لو قتله ذمي لم يجب كمال ديته، كذلك إذا قتله مسلم. لأن هناك قد وجب بقتله أغلظ البدلين وهو القصاص فلا حاجة بنا إلىٰ زيادة في البدل الثاني[١]، وليس كذلك في قتل المسلم، لأنه لم يجب به أغلظ البدلين وهو القصاص، فبنا حاجة إلىٰ تغليظ البدل للآخر، وهو الدية ليكون ردعاً وزجراً عن قتله، مثل هذا فعلنا في قتل الجماعة بالواحد أوجبنا دية واحدة علىٰ جماعتهم بالحصص، وأوجبنا علىٰ كل واحد منهم قصاصاً كاملاً ردعاً وزجراً.

[١٧٥٢/٣٧] **مسألة:** دية المجوسي ثمانمائة درهم في الخطأ، والعمد ضعفها[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ديته مثل دية الكتابي[٣].

لما روىٰ سعيد بن المسيب أن عمر جعل دية المجوس ثمانمائة»[٤].

ولا معنىٰ لقولهم: إن المجوسي محقون الدم، فلا يتقدر بدله بثمانمائة كالكتابي، لأن الكتابي أكمل حرمة، لأن له كتاباً، ولأنه يباح أكل ذبيحته وتنكح

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٤.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٠٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٥؛ والمغني ١٢/ ٥٥؛ والتفريع ٢/ ٢١٦؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٥١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٢٤.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الديات: من قال: الذمي علىٰ النصف أو أقل (٧٥٠٤) ٩/ ٢٨٨، والبيهقي في الديات: باب دية أهل الذمة. السنن الكبرىٰ ٨/ ١٠٠. الجميع من طريق وكيع قال: حدثنا سفيان، عن أبي المقدام، عن سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب موقوفاً. وهذا الإسناد صحيح.

نساؤه، والمجوسي أنقص من الوجه الذي ذكرنا، فأثر في نقصان ديته، كالمرأة[1].

[١٧٥٣/٣٨] **مسألة:** العبد يضمن بقيمته بالغاً ما بلغ[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا كانت قيمة (العبد)[3] الدية نقص منها عشرة دارهم[4].

لأنه مملوك ضمن الجناية، فوجب أن يضمن بكامل قيمته، كالثياب، والبهائم.

ولأنه يضمن بالجناية، واليد توجب أن يضمن بالجناية مثل ما ضمن باليد، كالبهائم.

ولامعنى لقولهم: إن تلك ضمانها ضمان مال، وهذا ضمانه ضمان جناية، بدليل: أنه يجب بقتله القصاص[5] والكفارة، وتدخله القسامة، وتحمله العاقلة في ثلاث سنين، فلم يزد ضمانه على الدية، كالحر. لأن ضمان العبد ضمان مال، لأنه مال، ولأن ضمانه لا يختلف بالعمد المحض والخطأ المحض، وعمد الخطأ، ولو كان ضمانه ضمان جناية لغلظ البدل فيه كما يغلظ في ضمان الأحرار،

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٥.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٧؛ والمغني ١٢/ ٥٩ـ٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ١١٤١؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٣٥.

(٣) في المخطوط (الدين) والصحيح ما أثبت. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣١٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٥٧.

(٥) هذا إذا قتله عبد مثله، أما إذا قتله حر فلا قصاص إلا عند الحنفية. انظر: المغني ١١/ ٤٧٣.

(ونعتبر)[١] صفاته ومعانيه كالبهائم والثياب، والحر يضمن بغير اعتبار صفاته.

ولأنه يضمن باليد كما تضمن الأموال، ولو كان ضمانه كضمان الأحرار لم يضمن باليد.

ولأن ضمان الأنثىٰ قد يزيد علىٰ ضمان الذكر في حال، ولو كان ضمانه ضمان جناية لنقص، فأما وجوب القصاص / والكفارة والقسامة، لأن علة ذلك [١٩٩] موجودة في قتل العبد والأمة، لأن علة القصاص القصد إلىٰ قتل من يكافئه، وكذلك الكفارة علتها قتل آدمي مضمون، وكذلك القسامة، لأنه قتل آدمي مضمون، فهو كالحر [ ][٢] لحمل العاقلة فلا نسلمه.

[**١٧٥٤/٣٩**] **مسألة:** كل جناية لها أرش مقدر في الحر من الدية، فإنها مقدرة في العبد بذلك الأرش من قيمته[٣].

خلافاً لمالك في قوله: يضمن ما نقص إلا في الجراح الأربعة المأمومة، والجائفة، والمنقلة، والموضحة، فإنه يضمن ذلك بمقدر من قيمته بمثل قدر ذلك من دية الحر[٤].

لأنه حيوان يجب بقتله القصاص والكفارة، فوجب أن تكون أطرافه مقدره، كالحر، وكل جناية لو كانت علىٰ الحر وجب بها أرش مقدر من ديته، فإذا كانت

---

(١) في المخطوط (ولانعتبر) وأرىٰ أن الصواب ما أثبت.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط.

(٣) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١١؛ والمغني ١٢/ ١٨٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٥٨؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٣٢-١٣٣.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٢١٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤١١.

علىٰ العبد وجب بها أرش مقدر من قيمته، دليله: الشجاج الأربع(١).

ولامعنىٰ لقولهم: إن تلك قد تندمل علىٰ غير شين فلو يضمن بما نقص أدىٰ ذلك إلىٰ أن لايضمن أصلاً، والجناية علىٰ الأطراف لا تنفك عن شين، فلا تنفك عن ضمان. لأن هذا يوجب إذا اندملت علىٰ شين أن يضمن بما نقصت، لأنه لا يفضي إلىٰ أن يعري عن ضمان. ولأن هذا يبطل بما دون الموضحة، فإنه يضمن بما نقص، وإن جاز أن يندمل علىٰ غير شين ويعرىٰ عن الضمان.

[١٧٥٥/٤٠] **مسألة:** إذا قطع يد عبد خطأ، فأعتقه مولاه، ثم مات من القطع فالسراية مضمونة، ويضمن القاطع قيمته يوم قطع للمولىٰ. ذكره أبوبكر، وكذلك إذا باعه المولىٰ بعد القطع فمات ضمن قميته للمولىٰ الأول(٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يسقط ضمان السراية، وعلىٰ القاطع نصف قيمته لمولاه(٣).

وخلافاً للشافعي في قوله: يضمن القاطع دية حر، منها للمولىٰ نصف قيمة العبد، والباقي لورثة العبد(٤)(٥).

لأن الاعتبار عنده بحالة السراية والاستقرار.

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١.

(٢) هذا وجه، وفيه وجه آخر وهو أن الواجب دية حر، لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١١؛ والمغني ١١/ ٥٢١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٠٥-٣٠٦؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٣٥٦.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٨-٤٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٣٥.

(٥) قال ابن القاسم من المالكية: فيه دية حر يرثها ورثته بعد أن يقسموا أنه مات منها. انظر: الذخيرة ١٢/ ٢٥٤.

فالدلالة على أن السراية مضمونة: أن طريان الحرية لا يمنع حكم الجناية، فلا تمنع حكم السراية، كاستدامة الرق، وعكسه طريان الردة لما منع الجناية منع حكم السراية، يبين صحة هذا: أن طريان الحرية أقوىٰ في وجوب الضمان، لأن بعد العتق لو جنىٰ عليه الأجانب أو سيده ضمنوا، ولو كان علىٰ ملك السيد حتىٰ جنىٰ عليه لم يجب الضمان، ثم ثبت أن استدامة ملكه لا تقطع حكم السراية فلئن لا يقطعها طريان الحرمة أولىٰ.

والدلالة علىٰ أن جميع ذلك للسيد: أن السراية إذا تبعت الجناية في الضمان تبعتها في محل الضمان، دليله: إذا لم يعتقه ولم يبعه(1)، ولا يلزم عليه إذا قطع يد مسلم ثم ارتد وسرىٰ ثم أسلم، لأن السراية لم تتبع الجناية في الضمان، فلهذا لم تتبعها في محل الضمان

والدلالة علىٰ أن الواجب القيمة دون الدية: أن الجناية حصلت عليه وهو عبد فكان مضموناً بالقيمة، كما لو سرىٰ إليه وهو عبد.

ولأن الدية أحد بدلي نفس العبد فكان / الإعتبار فيها بحالة الجناية، [٢٠٠] دليله: القصاص.

[١٧٥٦/٤١] **مسألة:** فإن قطع عبد يد عبد لرجل عمداً، وأعتقه المولىٰ، ومات العبد، فإن لم يكن له وارث غير المولىٰ فله القصاص، وإن كان له وارث غيره لم يكن له القصاص، وهذا قياس

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٢.

قوله: وإنَّ بدل النقص يكون للسيد[١].

وعند الشافعي لغير المولى المطالبة بالقصاص. وبناه على أن بدل النفس لورثته.[٢]

[١٧٥٧/٤٢] **مسألة:** إذا قطع يدي عبد، أو فقأ عينيه، وقيمته ألفا دينار، فأعتقه سيده، ثم سرت إلى نفسه، ومات فهو حر، [و][٣] استقر على الجاني ألفا دينار. ذكره أبوبكر[٤].

خلافاً للشافعي [في قوله][٥]: يجب فيه ديه حر مسلم ألف دينار[٦].

لأنه إذا اجتمع الموجب والمسقط فيما يضمن بالقيمة غلب الإيجاب، كالصيد إذا كان في الحل والرامي في الحرم[٧]، وكذلك الصيد المتولد من الذئب والكلب يغلب فيه الإيجاب، وكذلك بدل الحر إذا اجتمع فيه الموجب والمسقط غلب الإيجاب، بدليل الجنين المتولد من بين مجوسي وكتابي يعتبر فيه الغرة

(١) وبه قال أبوحنيفة. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٣٦٤؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٠٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٥٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٦١.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) هذا وجه في المذهب الحنبلي، والوجه الآخر: أن الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته. ورجح ابن قدامة هذا الوجه. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٢؛ والمغني ١١/ ٥٢١.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٨؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٣٥-١٣٦.

(٧) انظر: المغني ١٢/ ١٨٢.

بأعلاهما[1]، فإن كانت أمة نصراينة ففيه عشر ديتها، وإن كانت مجوسية ففيه نصف عشر دية ابن النصراني، فغلبنا الإيجاب.

ولأنه لو اندمل بعد العتق استقر ألفا دينار، كما لو اندمل قبل العتق، كذلك إذا سرت وجب أن يصير الموت بعد العتق ما استقر قبل الموت، لأن أرش الجناية يستقر تارة بالاندمال، وتارة بالسراية[2].

[**١٧٥٨/٤٣**] **مسألة:** إذا جنى العبد جناية خطأ فالمولى بالخيار بين الفداء وبين الدفع إلى ولي المجني عليه، فيملكه بذلك، فإن زادت قيمته على أرش الجناية أونقصت فإن امتنع (الولي)[3] من قبوله، وطالب المولى ببيعه ودفع القيمة في (الأرش)[4] لم يجبر المولى على ذلك[5].

خلافاً للشافعي، والثانية: المولى بالخيار بين الفداء وبين الدفع إلى الولي للبيع، فإن فضل من ثمنه شيء فهو لسيده، وإن امتنع الولي من قبول العبد وطالب المولى ببيعه ودفع الثمن إليه كان له ذلك[6].

فالدلالة على أن المولى إذا سلمه لزم الولي قبوله: لأنها جناية ثابتة في الرقبة

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٦١.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٢.

(٣) في المخطوط (إلى) والصحيح ما أثبت.

(٤) في المخطوط (الأرض) والصحيح ما أثبت.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧١؛ والمغني ١٢/ ٣٥-٣٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٥٠.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢١٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧.

يمكن استيفاؤها منها، فوجب أن تستحق بها كجناية العمد[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إن الواجب ها هنا المال، فلم يوجب الاستحقاق. لأنه وإن كان الواجب المال فإن تعلقه برقبة المال الذي هو رقبة العبد، كتعلق القصاص بها، ويفارق هذا: الدين المتعلق به في الرهن، والعبد المأذون له، لأن الحق هناك تعلق بذمة الراهن والسيد والعبد، ويبعه به، فأما أن يتعلق برقبته فلا[٢].

ولا معنىٰ لقولهم: إن الأرش إنما يكون من جنس الإبل (أما)[٣] من الأثمان فلا يجوز العدول إلىٰ غير الجنس الذي هو رقبة العبد. لأنا / لا نسلم أن رقبة [٢٠١] العبد تؤخذ عن الأرش، نقول: السيد بالخيار بين أن يفديه فيكون الفداء من جنس الدية، إما الإبل، أو الأثمان، لأنه هو جنس حقه، (أو)[٤] أن يسلمه فيسقط عن نفسه المطالبة بتسليمها ما وجب من الأرش بملك المستحق لها[٥].

[**١٧٥٩/٤٤**] **مسألة:** فإن جنىٰ العبد جناية عمد فولي المجني عليه بالخيار بين القصاص وبين العفو علىٰ مال، وليس له العفو علىٰ رقبة العبد واسترقاقه، ولا يملكه بالجناية[٦].

خلافاً لما حكاه ابن نصر عن مالك، والثانية: أن ولي الدم بالخيار إن شاء قتله

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٣.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٣٤٨.

(٣) في المخطوط (أم).

(٤) في المخطوط (وهو) والصحيح ما أثبت.

(٥) انظر: المغني ٦/ ٣٤٩.

(٦) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٣؛ والمغني ١٢/ ٣٦-٣٧.

وإن شاء استرقه[١].

لأن القتل جناية من العبد، فلا يوجبه زوال ملك السيد عنه، دليله: جناية الخطأ.

[١٧٦٠/٤٥] **مسألة:** إذا جنت أم الولد وجب على مولاها الأقل من قيمتها، أو أرش جنايتها، وإن فداها ثم جنت ثانياً وجب أقل الأمرين، وكذلك كلما جنت بعد الفدا[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد القولين للشافعي: إذا جنت جنايات لم يلزم المولى إلا قيمة واحدة يشترك فيها جميعهم[٣].

لأنها مملوكة، فجاز أن يتكرر الفداء بتكرر الجناية، دليله: أمته القن.

ولأنه إذا ضمن قيمتها للأول فرغت الرقبة من الجناية، فإذا قتلت الثاني ثبتت الجناية في رقبة فارغة، فاستحقت بها، وقد صار المولى بإبعالها بالاستيلاد المتقدم فضمن فيها جزاء الثاني، ولا يلزم عليه إذا جنت قبل أن يفديها المولى أنهما يتشاركان في القيمة الواحدة، لأن الرقبة لم تكن فارغة، فاشتركا في تعليق الأرش بالرقبة[٤].

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤١٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٤٠؛ والمغني ١٢/ ٣٧.

(٢) وبه قال المالكية، وهو المذهب عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٣؛ والمغني ١٤/ ٦٠٤-٦٠٥، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨١، وروضة الطالبين ٧/ ٢١٣.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١١٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢١٣-٢١٤.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٦٠٥.

[١٧٦١/٤٦] **مسألة**: إذا قُتِل العبد خطأ فقيمته في مال الجاني، وكذلك أرش الجناية على أطرافه في مال الجاني[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ما دون النفس لا تتحمله ويكون في ماله، وتتحمل بدل النفس[٢].

وخلافاً للشافعي في أحد القولين: يكون على عاقلته[٣].

لأن العاقلة لا تتحمل بدل أطرافه، فلم تتحمل بدل نفسه، كالبهائم.

ولأنه مضمون بالقيمة، فلا تتحمله العاقلة، أصله: سائر الأموال، أو نقول: يضمن باليد فلا تتحمله.

[١٧٦٢/٤٧] **مسألة**: إذا حفر العبد بئراً في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم وقع في البئر إنسان، فالضمان على الْمُعتَق[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: على المولى[٥].

لأن التلف حصل بعد الحرية، فصار كما لو باشر بالقتل.

ولا معنى لقولهم: إن الحفر جناية، بدليل: أنه لو حفر ومات، فوقع فيها

---

(١) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٦٩-١٠٧٠؛ والمغني ١٢/ ٢٧؛ والاستذكار لابن عبد البر٢٥/ ١٨٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٨٠؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٤٠٨.

(٣) هذا القول رجحه النووي من الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٠٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٤٢.

(٤) وبه قال بعض الشافعية، منهم النووي. انظر: المغني ١٢/ ٩٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٠٣.

(٥)) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٣/ ٥٨,

إنسان ضمن. لأن الحفر ليس بجناية، لأن الجناية إيقاع فعل في الغير على وجه العدوان [(١)]، ولم يحصل هو المجرد للحفر، وإنما ضمنت الميت، لأن له ذمة، ولهذا يصح الضمان عنه، فأما السيد فإنما يضمن جناية العبد لبقاء ملكه عليه، وقد زال ملكه بالعتق على وجه العدوان[(٢)].

[١٧٦٣/٤٨] **مسألة:** إذا ضرب رجلاً أو صبياً / أو أفزعه، فأحدث ببول، أو [٢٠٢] بغائط، أو ريح وجب على عاقلته ثلث الدية[(٣)].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لايتعلق بذلك ضمان[(٤)].

لما روي أن عمر بن عبدالعزيز أرسل إلى سعيد بن المسيب يسأله عن رجل ضرب رجلاً حتى سلح[(٥)] هل في ذلك قضاء؟ فقال سعيد: قضى عثمان بن عفان فيه ثلث الدية»[(٦)]. وهذا قول يخالف القياس، والصحابي إذا قال قولاً مخالفاً للقياس فإنما يقوله توقيفاً عن النبي ﷺ[(٧)].

ولأنه فعل تعدى فيه اقتضى خروج الحدث، فتعلق به الضمان، كما لو أفضاها

---

(١) انظر: المبدع ٨/ ٢٤٠.

(٢) هكذا بالمخطوط ويظهر تحريف بالكلام أو نقص.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٤؛ والمغني ١٢/ ١٠٣.

(٤) منهم الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٧/ ١٧٠.

(٥) أي أحدث ببول، أو غائط، أوريح.

(٦) رواه عبدالرزاق في العقول: باب هل يضمن الرجل من عنت في منزله (١٨٢٤٤) ١٠/ ٢٤، وابن أبي شيبة في الديات: الرجل يضرب حتى يحدث (٧٧٠٦). الجميع من طريق يحيى بن سعيد، عن ابن المسيب موقوفاً على عثمان رضي الله عنه. وهذا الأثر إسناده صحيح.

(٧) انظر: أصول مذهب الإمام أحمد ص ٤٤١.

فاستطلق الحدث، أو ضرب مثانته فاستطلق حدثه.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه هناك إنما وجبت الدية لتعطيل المنفعة، وهاهنا لم تعطل منفعة ولم يذهب كمال، فلم يتعلق به ضمان. لأنه إذا أوضحه، أو جرحه جائفة، أو مأمومة فاندملت علىٰ غير شين ولانقص وجب الضمان، وإن لم يكن هناك ذهاب جمال ولا تعطيل منفعة، ولا يجوز أن يقال إن الضمان هناك وجب لأجل الألم، لأن الألم بمجرده لا يوجب ضماناً، كما لو لطمه أو ضربه بالخشب، ولايجوز أن يقال: إنما ضمن لأجل الإسم وهو أنه جرحه موضحة، أو جائفة، لأنه إذا جاز أن تتعلق الدية بمجرد الاسم وإن لم يحصل معه ذهاب منفعة ولا جمال جاز أن تتعلق بخروج الحدث وإن لم يعطل منفعة ولا جمالا.

[**١٧٦٤/٤٩**] **مسألة:** إذا جنىٰ علىٰ نفسه، أو علىٰ أطرافه جناية خطأ حملته العاقلة، فيكون ضمان أطرافه له، وضمان نفسه لورثته إلا أن يكون الورثة هم العاقلة فلا يجب لهم علىٰ أنفسهم حق[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا تحمل العاقلة جنايته علىٰ نفسه ولا علىٰ أطرافه[٢].

لما روي أن رجلاً كان يسوق حماراً له وكان راكباً عليه، فضربه بعصا معه فطارت منه شظية، فأصابت عينه ففقأتها، فرفع ذلك إلىٰ عمر قال: هي يد من

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٤-١١١٥؛ والمغني ١٢/ ٣٣-٣٤.

(٢) منهم المالكية، والشافعية. انظر: الاستذكار ٢٥/ ١٨٥؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢١١؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٤٥.

أيدي المسلمين، لم يصيبها اعتداء على أحد، فجعل دية عينه على عاقلته»[١].

وهذه القضية تخالف القياس، ولا يقولها إلا توقيفاً.

ولأن الدية لما تحملت عنه جاز أن تتحمل له (كنفقة)[٢] الأقارب لما تحملها الإن لزوجه أبيه تحملها له[٣]، وكذلك صدقة الفطر لما تحملها الولد عن والده تحملها الأب عن ولده، وعكسه سائر الأموال لما لم يتحملوا عنه لغيره لم يتحملها له.

ولأن قتل الخطأ يجب به شيئان: دية، وكفارة، ثم ثبت أن الكفارة تجب بقتل (نفسه)[٤]، جاز أن تجب الدية أيضاً بقتله نفسه.

ولامعنى لقولهم: إن الكفارة تجب لغيره، / والدية تجب له، ولا يجوز أن [٢٠٣] تجب له بفعل حقاً على غيره. لأن الجناية على نفسه المستحق لضمانها غيره، وهم الورثة، ومع هذا فلا تتحمل عنه عند المخالف[٥].

[١٧٦٥/٥٠] **مسألة:** إذا اصطدم الفارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما كمال دية صاحبه[٦].

---

(١) المصنف ٩/ ٤١٢؛ وابن أبي شيبة في الديات: الرجل يصيب نفسه بالجرح، (٧٧٥٤) المصنف ٩/٣٤٩ من طريق ابن فضيل، عن ليث، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن عمر موقوفاً.

(٢) في المخطوط (لنفقة).

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٥.

(٤) زيادة من المحقق لإتمام المعنى.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٤١٢، وتكملة المجموع ٩/ ١٤٥.

(٦) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٥٢؛ والمغني ١٢/ ٥٤٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/٥٤٦؛ والمبسوط ٢٦/ ١٩٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

خلافاً للشافعي في قوله: علىٰ عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه[1].

[لأن كل واحد منهما صدم صاحبه][2] فإذا ماتا من ذلك لزم كل واحد منهما دية الآخر، كما لو كان أحدهما واقفاً في الطريق والآخر (سائراً)[3] فاصطدما وماتا أن علىٰ كل واحد منهما ديته.

ولامعنىٰ لقولهم: إن الواقف مات من صدمة صاحبه والسائر مات من البعير، ولم يمت من صدمته، لأن البعير به صدمة له. لأن الصدم[4] هو الصد والمنع عن القصد.

ولامعنىٰ لقولهم: إن كل واحد منهما مات بسبب من جهة صاحبه لم يشاركه فيه، وهاهنا مات من فعله وفعل صاحبه فضمن النصف. لأن السائر مات بجنايته وجناية الواقف، وكذلك العاثر بالحجر[5]، والواقع في البئر بفعله، وهو سببه دفع الحافر، ومع هذا فإنه يجب كمال ديته علىٰ الحافر والواقف[6].

ولأن صدم الإنسان غيره ضمانه علىٰ المصدوم، وليست جناية علىٰ الصادم علىٰ نفسه، بدلالة: أن المسلم يجوز أن يصدم العدو إذا غلب في ظنه أن ذلك يؤثر

---

(١) انظر: الأم ٦/ ٩١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٢.

(٢)) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٥.

(٣) في المخطوط (سائر).

(٤) لم أجد من عرف الصدم بأنه الصد والمنع عن القصد، ووجدتهم عرفو الصدم بأنه: ضرب الشيء الصلب بمثله. انظر: النهاية في غريب الحديث، وتاج العروس مادة «صدم».

(٥)انظر: المغني ١٢/ ١٤٦.

(٦)انظر: المغني ١٢/ ١٤٦.

فيه، وإن كان صدمه جناية على نفسه، كما لم يجز أن يجرح نفسه ليتمكن من العدو، وكذلك من بنى حائطاً في الطريق، فصدمه رجل، فمات، وجبت ديته على عاقلة الثاني، فلو اعتد بفعل الصادم جناية على نفسه لوجب نصف ديته جميعها، دل على أن فعله غير معتد به.

[١٧٦٦/٥١] **مسألة**: إذا مال الحائط إلى الطريق، أو ملك غيره لم يضمن ما يتلف به سواء تقدم إليه بنقضه، أو لم يتقدم[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن تقدم إليه بنقضه فلم ينقضه ضمن ما يتلف به، وإن لم يتقدم إليه لم يضمن[٢].

لأن الحائط وضعه في ملكه فلا يكون سبباً للضمان، أصله: إذا لم يتقدم إليه بنقضه، وإذا وضع آجراً وتَلَجَأه[٣] على رأس حائط، فوقعت على رأس إنسان، فقتله لم يجب الضمان[٤]، وكان كما لو سقط من غير ميل، ولايلزم عليه إذا بناه مائلاً إلى الطريق، لأن وضعه [ ][٥] ملك غيره من الموضع الذي مثله إلى ملك غيره.

(١) وهذا هو المذهب عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٥؛ والمغني ١٢/ ٩٥؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٤١؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٠٤.

(٣) قال صاحب اللسان: «لجأت إلى فلان، وعنه، والتجأت، وتَلَجَّأْت: إذا استندت إليه واعتضدت به» أهـ من اللسان مادة «لجأ».

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٩٩.

(٥) بياض بالمخطوط مقداره كلمة.

ولأن ماليس يسبب الضمان إذا لم يتقدم إليه بإزالته، وجب أن لا يكون سبباً للضمان إذا تقدم إليه بإزالته، أصله: إذا حفر بئراً في ملك نفسه [١]، وإذا سقط / [٢٠٤] من غير ميل، وإذا أجج ناراً في ملكه، فطار شرارة إلىٰ دار جاره، فأحرقتها [٢]، وعكسه إذا حفر بئراً في طريق المسلمين لمنفعة نفسه، ووضع الحجر، فإنه يضمن تقدم إليه أو لم يتقدم [٣].

[١٧٦٧/٥٢] **مسألة:** إذ صاح بصبي، أو معتوه وهما علىٰ سطح، أو حائط، فوقع فمات، أو ذهب عقل الصبي فعلىٰ عاقلته الدية، وكذلك إذا اغتفل البالغ فصاح به، فسقط ضمن، وكذلك إذا بعث الإمام إلىٰ امرأة يستدعيها إلىٰ مجلس الحكم فأجهضت جنينها من الفزع، أو زال عقلها وجب الضمان علىٰ الإمام، وقد نص عليه أحمد في الرجل، وفي الإمام [٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ضمان في شيء من ذلك [٥].

وخلافاً للشافعي في قوله: يضمن في حق الصبي والمجنون، وفي حق المرأة دون الرجل [٦].

لأن المرأة سريعة الفزع، ضعيفة القلب، شديدة الخوف، ليس لها ضبط

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٩٣-٩٤.

(٢) انظر: المغني ٧/ ٤٣٢.

(٣) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٩٠-٩١.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٦؛ والمغني ١٢/ ٩٩-١٠١.

(٥) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/ ٣٣.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٧/ ١٦٩.

الرجل، فيجوز أن يكون ذلك سبباً لتلف جنينها، أو تلفها، أوزوال عقلها، وكذلك الصبي يفزع في العادة إذا فزع ويسقط من ذلك ويزول عقله، فصار ذلك سبباً في إتلافه، فيجب الضمان، كحفر البئر في الطريق، وكذلك الكبير إذا اغتفله، لأن الفزع يتداخله في العادة ويحصل معه الخوف، فجاز أن يكون سبباً في الضمان، وما كان سبباً في ضمان المرأة والصبي كان سبباً في ضمان الرجل، كحفر البئر.

[١٧٦٨/٥٣] **مسألة:** يعقل الأب عن ابنه، والابن عن أبيه[١].

خلافاً للشافعي، والثانية: لا يعقل واحد منهما عن صاحبه، وتكون العاقلة بقية العصبات، كالإخوة من الأب والأم، ومن الأب وبنوهم، والعمومة من الأب والأم، أو من الأب وبنوهم[٢].

لأنها قرابة يدلي بها في النكاح، فجاز أن يعقل بها، دليله: الإخوة والعمومة، ولايلزم عليه ولاية الحكم أنه يولي بها ولا يعقل بها، لأنها ليست قرابة.

ولأنه حكم يتعلق بالعصبات فيساوي الابن غيره فيه، أو يقدم عليه، دليله: الإرث، والنفقة[٣].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٨٧؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١١٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧١؛ والمغني ١٢/ ٣٩-٤٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٥٧٦؛ والذخيرة ١٢/ ٣٨٧.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٠٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٥٣؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٨٧؛ والمغني ١٢/ ٣٩-٤٠.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٣٩-٤٠.

ولأن العقل موضوع على التتابع والتعصيب[١]، بدليل: أن الصبي والمجنون لهما تعصيب ولا يعقلا لعدم النصرة،[٢] وأهل المحلة والضيعة، والديوان يتناصرون ولا يعقلون لعدم التعصيب[٣]، وكل واحد منهما من أهل نصرة صاحبه وعصبته، فهما كالأخوين وابني العم.

ولأن العاقلة تتحمل الدية على وجه المواساة والتخفيف عن القاتل، والأب أولى بمواساة ابنه، والابن بمواساة أبيه من غيره، فهو أولى بالعقل.

[١٧٦٩/٥٤] **مسألة:** لايلزم الجاني / تحمل شيء من الدية سواء اتسعت [٢٠٥] العاقلة لتحملها أو لم تتسع[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: القاتل كأحد العاقلة يلزمه ما يلزم واحداً منهم[٥].

وخلافاً للشافعي في قوله: لايلزم القاتل شيء إلا أن لا تتسع العاقلة فيلزمه[٦].

لأن ما وجب تحمله عن الغير وجب تحمل جميعه، كالنفقة، وصدقة الفطر

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٩-٤٠.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٤٦.

(٣) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٤٢.

(٤) وهي إحدى الروايتين عن مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٦؛ والمغني ١٢/ ٢٢؛ والذخيرة ١٢/ ٣٨٧.

(٥) وهو أحد الروايتين عن مالك. انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٦؛ والذخيرة ١٢/ ٣٨٧.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٠٠.

وهما عندنا سواء، وأن النفقة تجب ابتداء على العاقلة كما تجب صدقة الفطر والنفقة ابتداء على الأقارب[(١)].

ولأن الدية التي تجب على القاتل يحملها لا تشاركه العاقلة فيها، وهي: دية العمد وما ثبت باعترافه من دية الخطأ، كذلك ما وجب على العاقلة تحمله لا يشاركهم فيها أحد[(٢)].

والدلالة على أنها لاتلزم القاتل وإنْ لم تتسع العاقلة: أن الدية تجب عليهم ابتداء[(٣)]، لأن ما وجب تحمله عن الغير وجب ابتداء عليه، دليله: صدقة الفطر، والنفقة.

[١٧٧٠/٥٥] **مسألة:** لا يدخل أهل الديوان[(٤)] في تحمل الدية إذا لم يكونوا أقارب الجاني[(٥)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الدية على أهل الديوان[(٦)].

لأنه معنى يتعلق بالتعصيب إذا لم يكن من أهل الديوان، فوجب أن يتعلق

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٠.

(٢) انظر: المحرر ٢/ ١٤٩.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٥٠.

(٤) الديوان موضع لحفظ ما يتعلق بحقوق السلطنة من الأعمال والأموال، ومن يقوم بها من الجيش والعمال. انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٣.

(٥) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٧؛ والمغني ١٢/ ٤٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٠٠.

(٦) وبه قال المالكية. انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٦٥٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٨٣؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨٣.

بالعصبات إذا كان من أهل الديوان، أصله: ولاية النكاح والميراث، ولا شبهة أنها تتعلق بالتعصيب، وهو إذا لم يكن القاتل من أهل الديوان، فإن الدية تجب على العصبات بإجماع[١].

ولأنه معنى لا يتعلق به استحقاق الميراث، فوجب أن لا يتعلق به تحمل الدية، كالجوار، واتفاق الصنعة، والمذهب الواحد[٢].

[**١٧٧١/٥٦**] **مسألة:** لا مدخل للفقير في تحمل العقل[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والثانية[٤].

لأنه حق يجب على المسلم بحؤول الحول، فلم يكن للفقير فيه مدخل، كالزكاة[٥]، ولا يلزم عليه الجزية، لأنها تجب على الكافر.

ولأن تحمل العقل طريقه المواساة والتخفيف عن الغير، والفقير ليس من أهل ذلك، ولهذا لم يتحمل نفقة الأقارب، وصدقة الفطر[٦].

[**١٧٧٢/٥٧**] **مسألة:** ما يوضع على كل واحد من العاقلة فإنما هو على

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٩.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٤٢.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٢؛ والمغني ١٢/ ٤٧-٤٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٢١-٤٢٢؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١١٢.

(٤) انظر: المبسوط ٢٧/ ١٢٩؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ٤٧؛ والمغني ١٢/ ٤٧.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٤٧.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٤٧.

حسب الإجتهاد فيما يمكن ويسهل ولا يضر به[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يتقدر أكثره، فيوضع على كل رجل من العاقلة أربعة دراهم، وأقله لا يتقدر[(٢)].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يتقدر فيوضع على الغني نصف دينار، وعلى المتوسط الحال ربع دينار لا ينقص من ذلك، ولا يتقدر أكثره[(٣)].

لأن الدية حق يتحمله الغير عن الغير على طريق المواساة، فلم يكن مقدراً، كنفقة الأقارب، ولا يلزم عليه صدقة الفطر / لأنها لا تتحمل لا على طريق [٢٠٦] المواساة، وإنما تتحمل على وجه التطهير[(٤)]، ألا ترى أنها تتعلق بالعبد وإن لم يكن من أهل المواساة، وكذلك من فضل عن قوته وإن لم يكن من أهل المواساة.

[١٧٧٤/٥٨] **مسألة:** يتحمل الموسر زيادة على ما يتحمل المتوسط من العقل[(٥)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الغني والمتوسط في مقدار التحمل سواء[(٦)].

---

(١) وبه قال بعض المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٧؛ والمغني ١٢/ ٤٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٨٤.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٥؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣١٨.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٠٦.

(٤) انظر: المغني ٤/ ٣١٠.

(٥) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٨؛ والمغني ١٢/ ٤٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٨٥؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٦٢.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٢٠؛ والمبسوط ٢٧/ ١٢٩.

لأنه حق مال يجب بحؤول الحول، فوجب أن يختلف باختلاف المال وكثرته، كالزكاة، والحرية، ولايلزم عليه صدقة الفطر، لأنها لا تجب بالحول، ولهذا لو مَلَكَ مالك عبداً (قبل)[1] الهلال بساعةٍ فإنه تجب الزكاة، وكذلك نفقة الأقارب لا تجب بالحول.

[**١٧٧٥/٥٩**] **مسألة:** تقسم الدية على العاقلة على ترتيب [الإرث][2] الأقرب فالأقرب من العصبات، فتقسم على آبائه على قدر أموالهم في كل سنة ثلث الدية وإن استغرقوه لم تقسم على غيرهم، وإن لم يستغرقوه قسم على أولاده، فإن لم يستغرقوه قسم على إخوته، فإن لم يستغرقوه فعلى أولادهم، فإن لم يستغرقوه فعلى العمومة، وعلى هذا يعتبر فيه الأقرب فالأقرب ترتيب الميراث[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يتحملها القريب والبعيد بالسوية[4].

لأنه حكم يتعلق بالتعصيب، فوجب أن يعتبر فيه الترتيب، أصله: الميراث، وولاية النكاح.

---

(١) في المخطوط (بعد) والصحيح ما أثبت لأن الشخص إذا ملك عبداً قبل الهلال بساعة وجبت زكاة الفطر، وبعد الهلال لاتجب زكاة الفطر.

(٢) ساقط من المخطوط. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٨.

(٣) وبه قال المالكية، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٨؛ والمغني ١٢/ ٤٢-٤٣؛ والذخيرة ١٢/ ٣٠٤؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٦٣.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٢٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٥.

[١٧٧٦/٦٠] **مسألة:** الحاضر والغائب في تحمل الدية سواء[(١)].

خلافاً لمالك، والشافعي في أحد قوليه: لا يتحمل الغائب مع الحاضر[(٢)].

لأنه حق يتعلق بالتعصيب، فاستوىٰ فيه الحاضر والغائب، كالميراث.

ولأنهم تساووا في التعصيب والدرجة، فوجب أن يكونوا سواء، كما كانوا حاضرين.

[١٧٧٣/٦١] **مسألة:** يعتبر ابتداء حول العقل من حين الموت لا من حين الجرح، ولا من حين حكم الحاكم، وفي الجراح إذا اندمل من حين الجرح، وإذا سرت الجراحة إلىٰ طرف آخر مثل: من قطع إصبع رجل فسرت إلىٰ الكف فمن حين الاندمال[(٣)].

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة [في قولهم][(٤)]: ابتداء المدة من حين حكم الحاكم[(٥)].

لأن من لزمته الدية بالقتل مؤجلة وجب أن يكون ابتداء التأجيل من حين

---

(١) وبه قال أبوحنيفة، ورجحه النووي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ١١١٨/٣؛ والمغني ١٢/ ٤٢؛ والمبسوط ٢٧/ ١٣٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢١٠.

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ٤٧؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٢٧٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢١٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٦٣.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٩؛ وكشاف القناع ٦/ ٦٤؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٤٦.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) وهو المشهور من مذهب المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٨٠؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٤٠٧؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٢٨٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨٥.

القتل، دليله: إذا أقر بقتل الخطأ، فإن الدية تجب في ماله مؤجلة في ثلاث سنين من حين القتل[1].

ولأنه أجل في حق لمستقر، فلم يعتبر في ابتدائه الحكم، كالأجل في الإيلاء، ولايلزم عليه مدة العنة، لأن الحق هناك غير مستقر، وإنما يستقر بعد إنقضاء المدة.

[١٧٧٧/٦٢] **مسألة:** من مات من العاقلة لم يسقط ما لزمه من العقل وأخذ من تركته[2].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][3]: يسقط بموته[4].

لأنه مال استقر وجوبه / في حال الحياة، ولايلزم عليه الصلاة والصيام، لأنه [٢٠٧] حق على البدن، ولايلزم عليه الجزية، لأن الجزية لم تستقر، لأنا نريد بالاستقرار أنه لا يملك إسقاطه عن نفسه، والجزية يملك إسقاطها عن نفسه بالإسلام، فأما تحمل العقل فلا يملك إسقاطه.

[١٧٧٨/٦٣] **مسألة:** المولى من أسفل لا يتحمل الدية. ذكره أبوبكر[5].

---

(١) أكثر الفقهاء على أن الدية تجب عليه حالة في ماله. انظر: المغني ١٢/ ٣٠.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٩؛ والمغني ١٢/ ٤٦-٤٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢١٠؛ والذخيرة ١٢/ ٣٩٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٦٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) لم أقف على توثيق قول أبي حنيفة في هذه المسألة.

(٥) ورجحه الشيرازي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١١٩؛ والمغني ١٢/ ٤١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص٢٢٨.

خلافاً للشافعي في أحد قوليه[١].

لأنه ليس بعصبة ولا يرثه بحال، أشبه الأجانب، يؤكد صحة هذا: أن العصبة إنما عقلت عن القاتل، لأنهم يرثونه فغرموا من حيث غنموا، وهذا لا يغنم إرثاً بحال.

[**١٧٧٩/٦٤**] **مسألة:** مولى [الموالاة][٢] لا يتحمل[٣].

خلافاً لأبي حنيفة[٤].

بناء على أن هذا ليس بعقد صحيح لقول النبي ﷺ: «لا حلف في الإسلام»[٥].

ولأنه ليس بينهما تعصيب، أشبه الأجانب.

ولأنه عقل فلا يتعلق به التحمل، كالنكاح[٦].

[**١٧٨٠/٦٥**] **مسألة:** أهل الذمة يتعاقلون[٧].

---

(١) وبه قال بعض المالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٨٢.

(٢) في المخطوط (المولاة) والتصحيح من المغني ١٢/ ٤١، وهو الذي يوالي رجلاً يجعل له ولاءه ونصرته.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٤١.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٩.

(٥) رواه مسلم في فضائل الصحابة: باب مؤاخاة النبي ﷺ بين أصحابه رضي الله عنهم (٢٥٣٠) ٤/ ١٩٦٠.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٤٢.

(٧) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٠؛ وكتاب التمام ٢/ ١٩٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٢٣؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨٣؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٥٩.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يتعاقلون، وإنما تجب جناياتهم في أموالهم[١].

لأنه حكم يتعلق بالتعصيب، فوجب أن يستوي فيه المسلم والذمي، كالميراث، وولاية النكاح.

ولأنه وارث، فجاز أن يتحمل الدية، كالمسلم.

[١٧٨١/٦٦] **مسألة:** ما دون الثلث لا تتحمله العاقلة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ما دون الموضحة لا تتحمله، وتتحمل أرش الموضحة فصاعدا[٣].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: تتحمل القليل والكثير[٤].

لأنه ينقص عن قدر الثلث، فلم تتحمله العاقلة، دليله: ما دون الموضحة، ولايلزم عليه دية الجنين إذا ماتت الأم من الضربة أن العاقلة تتحملها وإن نقصت[٥]، لأن الأم إذا ماتت صارت الجناية علي الأم وعلىٰ الجنين، وحكم الجناية الواحدة وموجبها أكثر من الثلث، لأن الجنين مع أمه قد أجرىٰ مجرىٰ الجزء منها، بدليل: أنه إذا أذن في قطع يد أمته الحامل فسرىٰ إلىٰ الجنين لم يضمن، كما لو سرىٰ إلىٰ عضو.

(١) وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٨؛ وكتاب التمام ٢/ ١٩٦.

(٢)وبه قال مالك، والشافعي في أحد قوليه. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٠؛ والمغني ١٢/ ٣٠؛ والتفريع ٢/ ٢١٣؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٥٢.

(٣)انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٧٩.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٨؛ وتكلمة المجموع ٩/ ١٤٤.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٠-٣١.

ولامعنىٰ لقولهم: إن مادون الموضحة يجري مجرىٰ المال، بدلالة: أنه لا يجب فيه القصاص، فلهذا لم تتحمله، كسائر الأموال. لأن القصاص قد يجب فيما نقص عن أرش الموضحة ويتقدر أرشه، ألا ترىٰ أن في قطع الأنملة من أصبع يجب القصاص وأرشه ثلث أرش الإصبع، وهو ثلث العشر.

ولأن ما يتحمل ضمانه الأب والابن لا يتحمله العم والأخ، دليله: ضمان المال، وعكسه الثلث.

ولامعنىٰ لقولهم: إن المال لا يدخل التحمل، والدية في الجملة يدخلها. لأنه لا يمتنع أن يدخله إذا كثر، ولا يدخله إذا قل، لأن التحمل إنما هو علىٰ وجه التخفيف والمواساة لئلا يجحف الأداء بمال الجاني، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل، فإذا / ثبت ذلك احتيج إلىٰ تقدير القليل والكثير، ولاتقدير إلا بما قلناه، [٢٠٨] لأنه روىٰ عن النبي ﷺ أنه قال: «الثلث والثلث كثير»[١]، فجعله في حكم الكثير[٢].

[١٧٨٢/٦٧] **مسألة:** إذا ضرب بطن امرأة فماتت، ثم انفصل منها جنين ميت ففيه الغرة[٣].

---

(١) رواه البخاري في الفرائض: باب ميراث البنات (٦٧٣٣) ٤/ ٢٧٣؛ ومسلم في الوصية: باب الوصية بالثلث (١٦٢٨) ٣/ ١٢٥٠.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٣١.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٧؛ والمغني ١٢/ ٦٢؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٥٤.

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: لاشيء في الجنين[١].

لأنه جنين لو انفصل في حياتها كان مضموناً، فإذا انفصل بعد موتها كان مضموناً، كما لو انفصل حياً ثم مات[٢].

ولأنها حالة لو انفصل الجنين فيها حياً ثم مات ضمن[٣]، فإذا انفصل منها ميتاً جاز أن يضمن، دليله: حال حياة الأم[٤].

ولامعنىٰ لقولهم: إذا سقط بعد موتها ميتاً [ ][٥]، أو يكون موته بسبب موت أمه، لأن هذا يوجب إذا ضرب بطنها فماتت الأم وأسقطت جنيناً حياً ومات أن لا يضمن لجواز أن يكون موته لسبب موت الأم وبالضربة.

[١٧٨٣/٦٨] **مسألة:** تجب الكفارة بقتل الجنين[٦].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: لا تجب[٧].

لأنها نفس ضمنت بالدية، فجاز أن تضمن بالكفارة، كالكبير.

أو نقول: آدمي مضمون بالدية، فجاز أن يضمن بالكفارة، دليله: ما ذكرنا،

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٦.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٦٣.

(٣) هذا باتفاق الفقهاء. انظر: المغني ١٢/ ٧٤.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٦٣.

(٥) كلمة لم تتضح في الأصل وهذا رسمها (عرل).

(٦) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٩؛ والمغني ١٢/ ٧٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٨٨.

(٧) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٦.

يبين صحة هذا: أن كل نفس ضمنت بالجناية قد تضمن بالكفارة[١]، وإن لم تضمن بالدية، وهو إذا قتل نفسه، وإذا رمىٰ إلىٰ دار الحرب، فأصاب مسلماً لزمته الكفارة[٢] وإن لم تلزمه الدية.

[١٧٨٤/٦٩] **مسألة:** إذا ضرب بطن امرأة، فألقت جنيناً فعلم حياته بحراكه، أو نفس ولم يستهل صارخاً ففيه دية تامة[٣].

خلافاً لمالك في قوله: إذا لم يستهل[٤] ففيه الغرة[٥].

لأنه قد تحقق حياته حال الضربة، فوجبت فيه دية كاملة، كما لو استهل.

ولأن الحركة قد لا تدل علىٰ بقاء الحياة، ولكن تدل علىٰ وجود حياة سابقة، فإذا ثبت أن هناك حياة سابقة للضربة وجب أن تضمن بكمال الدية، لأن من شأن الجناية أن تصادف حياة فتتلفها، ويفارق الميراث، لأن من شأنه (أنه)[٦] كان حياً حين موت المورث، والحركة لا تدل علىٰ بقاء الحياة حتىٰ موت المورث، فلهذا لم يرث.

[١٧٨٥/٧٠] **مسألة:** جنين الأمة إذا كان مملوكاً مضموناً بعشر قيمة أمه ذكراً

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٨٠.

(٢) لقوله تعالىٰ: ﴿ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢].

(٣) وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٨؛ والمغني ١٢/ ٧٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣٥؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٥٥.

(٤) أي صارخاً.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٠٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٦.

(٦) في المخطوط (أن).

كان أو أنثى[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: في جنين الأمة نصف عشر قيمته، وعشر قيمته إذا كان أنثى[٢] [٣].

فالكلام يقع في فصلين، أحدهما: التسوية بين الذكر والأنثى. والثاني: أن الواجب فيه يعتبر بأمه لا بنفسه.

والدلالة على الأول أنه جنين ميت بالجناية، فوجب أن لا يختلف قدر ضمانه بالذكورية والأنوثية، دليله: جنين الحرة، يبين صحة هذا: أن الأصل في ضمان الجنين، هو جنين الحرة، وجنين الأمة محمول عليه، وحكم / الفرع لا يخالف [٢٠٩] الأصل إلا في المواضع التي يختلف فيها حكم الأصل (فلما)[٤] لم يختلف حكم الأصل بالذكورية والأنوثية لم يختلف حكم الفرع بذلك[٥].

ولأنه إنما يسوي بين الذكر والأنثى في ضمان الجنين، لأنه قد يخرج بحيث لا تبين فيه علامة الذكر والأنثى، وقد يخرج عضو منه فيجب البدل، وإن كان يعلم

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٩١؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٢٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٧٨؛ والمغني ١٢/ ٦٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٣٨.

(٢) أي نصف عشر قيمة الجنين لو كان حياً، وعشر قيمة الجنين إذا كان أنثى وتصورنا حياته. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٣٦؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٠٠.

(٣) رأي الإمام مالك في هذه المسألة: إذا استهل، ومات ففيه قيمته على الرجاء والخوف، فإن لم يستهل، ففيه عشر قيمة أمه. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٠٧.

(٤) في المخطوط (فلم).

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٦٩.

أذكر هو أم أنثىٰ، وهذا موجود في جنين الأمة.

ولامعنىٰ لقولهم: الغرة في جنين الحرة مقومة بخمسين ديناراً[(١)]، وهي عشر دية إن كان أنثىٰ ونصف عشرها إن كان ذكراً، وجنين الأمة فرع عليه فيجب أن يعتبر بها، وهذا يؤدي إلىٰ ما قلنا من اعتبار نصف عشر قيمة الذكر، وعشر قيمة الأنثىٰ[(٢)]، وذلك أن قيمة الغرة وإن كان نصف عشر دية الذكر وعشر دية الأنثىٰ فهو غير مختلف في حقها بل هما متساويان في ذلك المقدار، وفي جنين الأمة ما يؤدي إلىٰ الاختلاف متىٰ أعتبر بنفسه. لأنه قد لا تتفق قيمة الذكر والأنثىٰ، بل تختلف فيزيد قدر الضمان في حق أحدهما علىٰ الآخر[(٣)].

والدلالة علىٰ الفصل الثاني: أنه إذا اعتبر بنفسه وجب تقويمه، لأنه لا يخلو إما أن نقومه في حال وقوع الجناية عليه، أو بعد الظهور، ولايجوز تقويمه حال وقوع الجناية، لأنه لا يمكن تقويمه في الرحم، ولايجوز تقويمه بعد الظهور، لأنه ميت ولا قيمة للميت، ولأنه قد يكون علىٰ صفة لا تكون قيمة، وهو أن لا يكون قد تم خلقه، ولا حصل فيه حياة، ولا يجوز أن يقال: نقومه بعد الظهور، فينظر إلىٰ قيمته إنْ لو خرج حياً، كما فعلنا في ولد المغرور قومناه لو كان عبداً، لأن ولد المغرور له صفات يمكن اعتبارها بالعبد، وهذا قد يخرج علىٰ صفة لا يكون له قيمة. ولأن ولد المغرور لما كان معتبراً بالعبد ضمن بجميع قيمته، فلو كان الجنين

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٦٦.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٦٩-٧٠.

(٣) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٦٩-٧٠.

الميت معتبراً بالحي لوجب أن يعتبر بجميع قيمته.

ولأنه لو وجب تقويمه لم تضمن الأنثى بأكثر مما يضمن الذكر مع تساويهما بالقيمة، فلما اختلف قدر ضمانها علم أن ضمانها غير معتبر بهما، وإنما يعتبر بغيرهما.

[١٧٨٦/٧١] **مسألة:** الغرة الواجبة بقتل الجنين تقسم على العاقلة في ثلاث سنين، كما تقسم الدية الكاملة، وإنما يصح هذا على أصلنا إذا ماتت الأم أيضاً بالضربة فتحمل العاقلة دية الأم والجنين جميعاً، فأما (الغرة)[1] بانفرادها فلا تحملها العاقلة، لأنها تنقص عن ثلث الدية[2].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: تقسم دية الجنين في آخر السنة الأولى[3] [4].

لأنها دية نفس مؤجلة، فوجب أن تكون في ثلاث سنين، قياساً على دية المرأة[5]، والذي يبين أنها دية نفس وليست دية طرف: أنها لو كانت بمنزلة الطرف لوجب / أن يكون بدله لها، ولوجب أن تدخل دية الجنين في ديتها إذا ماتت من [٢١٠] الضربة، كما تدخل دية أطرافها.

---

(١) في المخطوط (الأخوة) وما أثبت هو الصحيح.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٢؛ والمغني ١٢/ ٦٨.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٠٩.

(٤) ذهب الإمام مالك إلى أن الغرة تجب في مال الجاني. انظر: بداية المجتهد ٢/ ٤١٦.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٢.

[١٧٨٧/٧٢] **مسألة:** من حفر بئراً في فنائه[١]، فوقع فيها إنسان ضمنه[٢].

خلافاً لمالك في قوله: لا يضمن[٣].

لأنه حفر في غير ملك لغير مصلحة المسلمين فضمن، كما لو حفر خارجاً من فنائه، وإذاً يلزم عليه إذا حفر بئراً لينتفع المسلمون بها، فوقع فيها إنسان أنه لا يضمن. نص عليه، لأنها مصلحة للمسلمين.

[١٧٨٨/٧٣] **مسألة:** إذا بسط في المسجد بارية[٤]، أو علق قنديلاً، أو باباً، أو حفر بئراً، أو بنياناً، فعطب به إنسان لم يضمن. نص عليه في حفر البئر[٥]، وعلل بأنه منفعة للمسلمين[٦].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا فعل بغير (إذن)[٧] أهل المسجد ضمن[٨].

لأنها مصلحة عامة، فلم توجب ضماناً، كما لو أذن فيه أهل المسجد، وغيرهم، سواء في الانتفاع بالمسجد بالصلاة والجلوس، وإنما اعتبر قولهم في الأذان والإقامة لتعلق صلاتهم بصلاة الإمام، لأنهم ينفردون بذلك.

---

(١) أي في فناء داره، وفناء الدار ما امتد من جوانبها. انظر: مختار الصحاح، مادة «فني».

(٢) وبه قال أبوحنيفة، وأظهر القولين عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٢٢-١١٢٣؛ والمغني ١٢/ ٨٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٤٠؛ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ١٠/ ٣٢٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٧٢.

(٣) انظر: المدونة ٤/ ٥٠٥-٥٠٦.

(٤) البارية: هي الحصير الخشن. انظر: المصباح المنير ١/ ٦٤.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٩٠.

(٦) وبه قال المالكية. وعند الشافعية إذا كان ذلك بإذن الإمام أو متولي أمر المسجد فلا ضمان. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٣؛ والمغني ١٢/ ٩٠-٩١؛ والذخيرة ١٢/ ٢٥٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٧٤.

(٧) في المخطوط (اذهن).

(٨) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٤٠.

[١٧٨٩/٧٤] **مسألة:** إذا اتخذ في داره كلباً عقوراً، فعطب به إنسان لم يضمن[١].

خلافاً لمالك، والثانية: يضمن[٢].

لأنه في ملكه، ولم يحصل منه تحريض له، فلم يكن ضامناً، كما لو شد دابة عقوراً في ملكه، فَعُطِبَ بها إنسانٌ، لم يضمن[٣].

[١٧٩٠/٧٥] **مسألة:** ليس في العظام الباطنة قصاص[٤].

خلافاً لمالك في قوله: يجب القصاص في العظام التي ليست مجوفة، كاليد، والرجل، ونحوه، ولا يجب في الفخذ، والمنقلة، والمأمومة[٥].

لأ[نه][٦] عظم باطن فلا يقتص منه، دليله: عظم الفخذ، والمنقلة، والمأمومة، ولايلزم عليه السن إذا قلع، أو كسر أنه يقتص منه، لأن ذلك العظم ظاهر، يبين صحة هذا: أنها في العادة إذا كسرت تعلق شظايا فلا تنضبط[٧].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٣؛ وكتاب التمام ٢/ ١٩٨؛ والإنصاف ٦/ ٢٢١-٢٢٢.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٠٩؛ وكتاب التمام ٢/ ١٩٨ .

(٣) انظر: كتاب التمام ٢/ ١٩٨.

(٤) وبه قال أبوحنيفة، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٣؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٠٥؛ وتكملة المجموع ١٨/ ٤٠٥.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٨٩.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٣ .

مسائل القسامة[١]

[١٧٩١/١] **مسألة:** يبدأ بأيمان المدعين في القسامة عند وجود اللوث[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: البداية بأيمان المدعىٰ عليهم[٣].

لما روىٰ أبوهريرة عن النبي ﷺ: «البينة علىٰ من ادعىٰ واليمين علىٰ من أنكر إلا في القسامة»[٤].

فاقتضىٰ حكم الاستثناء أن (يكون)[٥] مخالفاً لغيره من الدعاوىٰ في الحكم المذكور، وهو أن لاتكون اليمين في جنبة المدعىٰ عليه، وعندهم أنها تكون في جنبته، وكل يمين لا يوجب الحكم بموجبها وجب أن لا يستحلف بها، دليله: اليمين قبل الاستخلاف، واليمين في سائر الدعاوىٰ.

---

(١) القسامة: بالفتح: اليمين كـا «القسم»، وإنما سمي القسم قسماً، لأنها تقسم علىٰ أولياء الدم ويقال: قسم الرجل: إذا حلف. انظر: الدر النقي ٣/٧٣٨.

وشرعاً: هي الأيمان المكررة في دعوىٰ القتل. انظر: المغني ١٢/ ١٨٨.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٢٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/١٠٩٧؛ والمغني ١٢/٢٠٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣١؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢٠٨.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٤.

(٤) رواه الدارقطني في الحدود والديات غيرها (٩٨) و (٩٩) من طريقين، الأول: من طريق مسلم بن خالد الزنجي، عن ابن جريج، عن عطاء، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ. والطريق الثاني: من طريق مسلم بن خالد الزنجي، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم. سنن الدارقطني ٣/ ١١٠ـ١١١، والبيهقي في كتاب القسامة: باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بإيمان المدعي. من الطريق الثاني للدارقطني. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٢٣. وهذا الحديث سنده ضعيف، وذلك لضعف مسلم بن خالد الزنجي، و لأن ابن جريج مدلس. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٦٧.

(٥) في المخطوط (لا يكون) ويظهر لي صحة ما أثبت.

وبيان هذا عند أبي حنيفة أن المدعىٰ عليهم يحلفون ويغرمون الدية، فلا يثبتون بهذه اليمين موجبها، لأن موجبها البراءة من الدعوىٰ، ولا يلزم عليه المتحالفين في البيع أنه لا يقتضىٰ يمين كل / واحد منهما، وهو إذا حلف أحدهما ونكل الآخر، [٢١١] حكم بيمين من حلف منهما، وإذا حلفا جميعاً فإنهما يتعارضان، وإذا تعارضا صار اليمين مجهولاً فانفسخ عقد البيع، أو وجب فسخه، وليس كذلك أيمان المدعىٰ عليهم، فإنه لا يحكم بموجبها من غير معارضة، فلم تكن صحيحة.

ولا معنىٰ لقولهم: إنا نحكم بموجبها، لأن الولي يدعي القتل الموجب للقود، فإذا حلفوا سقطت دعواه بأيمانهم، ثم الدية تؤخذ منهم علىٰ وجه التحمل، كما تؤخذ من العاقلة[١]، واليمين لم تقع علىٰ نفي التحمل، وذلك أنه إذا كان القتل بالمثقل، فإن الولي يدعي موجبه وهو الدية، ومع هذا فلا تسقط الدية باليمين، وعلىٰ أنه لو كان موجب الدعوىٰ القتل سقط باليمين لوجب أن لا تجب الدية عندهم إلا بالتراضي، لأن قتل العمد عندهم لا يوجب الدية إلا بالتراضي[٢].

[**١٧٩٢/٢**] **مسألة:** إذا حلف الولي في القسامة وجب القصاص[٣].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا يجب[٤].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٥-٥٦٦.

(٢) انظر: المرجع السابق ٤/ ٥٠١.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٩٧؛ والمغني ١٢/ ٢٠٤؛ والذخيرة ١٢/ ٣١٣.

(٤) أي لا يجب القود وتجب الدية مغلظة في مال المدعىٰ عليه وهذا الصحيح من مذهب الشافعية، وقال أبوحنيفة تجب الدية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٤٣؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٣٢.

لأنه كل حجة يثبت بها قتل العمد الموجب للقود، جاز أن يثبت (بها القود)[1]، كالشاهدين[2].

ولأن القود أحد بدلي النفس، فجاز أن يجب بالقسامة، أصله: الدية.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الدية مال، والمال يثبت بما لا يثبت به القود، وهو الشاهد والمرأتان، والشاهد واليمين، والقصاص لا يثبت بذلك. لأنه قد يثبت عندهم بما يثبت به المال، وهو يمين المدعىٰ عند نكول المدعىٰ عليه، ولا لوث هناك، وهي يمين واحدة، وهاهنا أيمان، علىٰ أن أيمان القسامة قد أثبتت قتل العمد، فهي جارية مجرىٰ الشاهدين.

[١٧٩٣/٣] **مسألة:** تجب القسامة وإن لم يكن بالقتيل أثر إذا كان هناك لوث[3].

خلافاً لأبي حنيفة، وأبي بكر من أصحابنا[4].

لأن القتيل قد يكون يموت بمالا أثر له كعصر الأنثيين، وغم الوجه.

ولأن الغالب من حال الإنسان أن لا يموت إلا بسبب، إما مرض، أو قتل، ونادر أن يموت فجأة، فإذا وجد منها فالظاهر أنه مات بسبب يحمل عليه.

---

(١) في المخطوط (بالقود).

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٢٤.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٥؛ والمغني ١٢/ ١٩٧؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٠-٤٣١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٤١.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٧؛ والفتاوىٰ الهندية ٦/ ٧٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٢٥.

[١٧٩٤/٤] **مسألة:** إذا حلف أهل القسامة[١] بعدما ردت الأيمان عليهم لم يغرموا شيئاً[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تسقط عنهم الدية[٣].

لأن المدعىٰ عليه إذا صحت يمينه برئ، أو سقطت الدعوىٰ والمطالبة، أصله: سائر الدعاوىٰ.

ولا معنىٰ لقولهم: إن اليمين في القسامة نفس الحق، بدليل: أنهم لو بذلوا الدية لم تسقط عنهم اليمين، فلهذا لم يبرؤا، وفي سائر الحقوق ليست نفس الحق، بدليل: أن المدعىٰ عليه سقطت الدعوىٰ عنه، وذلك أن الأيمان في القسامة للبراءة وقطع الخصومة، كسائر الدعاوىٰ.

وقولهم: إن سائر الأيمان لا تسقط ببدل الدية لا نسلمه بل نقول: تسقط ببدل الدية، كما / تسقط في سائر الدعاوىٰ ببدل المال المدعىٰ. [٢١٢]

[١٧٩٥/٥] **مسألة:** إذا نكل المدعىٰ عليهم عن أيمان القسامة لم يحبسوا[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يحبسون حتىٰ يحلفوا[٥].

---

(١) أي المدعي عليهم. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٥.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٩٨-١٠٩٩؛ والمغني ١٢/ ٢٠٥؛ والذخيرة ١٢/ ٢٩٠؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢٠٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٥؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٣٢.

(٤) هـذا هو المـذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٢/ ٢٠٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٤١؛ وكشاف القناع ٦/ ٧٧.

(٥) وقال بعض المالكية يحبس، فإن طال حبسه عوقب وأطلق. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٢٥؛ والمغني ١٢/ ٢٠٦؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٩٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٢٩٨.

لأنه نكول عن يمين توجهت عليه، فوجب أن لا يوجب حبساً، دليله: النكول عن اليمين في سائر الدعاوىٰ، ولايلزم عليه نكول المرأة عن اللعان أنها تحبس[1]، لأنها لم تحبس بمجرد النكول، بل به، وبلعان الزوج، بدليل: أنه لو نكل الزوج لم تحبس المرأة.

[١٧٩٦/٦] **مسألة:** إذا ادعىٰ علىٰ رجل أنه قتل ولياً، فجحد المدعىٰ عليه وليس هناك لوث، وقلنا يستحلف في دعوىٰ القصاص، فإنه يستحلف يميناً واحدا[2].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يستحلف خمسين يميناً[3].

لأنها يمين تختص المدعىٰ عليه، فلا يتكرر، كدعوىٰ المال[4]، ولايلزم عليه القسامة، لأن اليمين لاتختص المدعىٰ عليه، لأنه يشترك فيها المدعي والمدعَىٰ عليه، ويفارق هذا إذا كان هناك لوث، لأن التهمة تظهر، فتكررت اليمين لنفيها، وهذا يوجد إذا لم يكن هناك تهمة.

[١٧٩٧/٧] **مسألة:** لابد من تعيين القاتل في القسامة، ولايستحلف من لم يعينه الولي في الدعوىٰ[5].

---

(١) هذا عند الحنابلة، والحنفية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١٠٣٣، والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٠٣.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٣٥.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٤٥.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٦.

(٥) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٦؛ والمغني ١٢/ ١٩٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٢؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢٠٩.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب تعيين القاتل، وإذا لم يعين الدعوىٰ علىٰ واحد من أهل المحلة استحلف منهم خمسون رجلاً، وكذلك لو قال: القاتل منهم واحد إلا أنني لا أعرفه[١].

لأن من لم يكن مدعياً ولا مدعىٰ عليه لم يكن محلاً لليمين، أصله: إذا لم يكن من أهل المحلة، واليمين في سائر الدعاوىٰ.

ولا معنىٰ لقولهم: إن سائر الدعاوىٰ يقع القضاء علىٰ معين، فلابد من تعيين المقضي عليه، وهاهنا يقع القضاء علىٰ غير معين فلا يحتاج إلىٰ تعيين المدعىٰ عليه، لأن القضاء يقع علىٰ معين هاهنا كسائر الدعاوىٰ.

[١٧٩٨/٨] **مسألة:** ليس للولي أن يقسم علىٰ أكثر من واحد[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي: له ذلك، وتجب الدية علىٰ الجماعة[٣].

لأن اليمين نوع بينة ضعيفة، فلا تساوي القوية في الثبوت، كالشاهد والمرأتين، والشاهد واليمين لما ضعفت لم تساويهما في إثبات النكاح، والقصاص، والحدود، وإنما تساووا في بعض الأحكام، وهو المال[٤]، كذلك الأيمان يجب أن لا تساوي الشاهد، فتسمع شهادة الشاهدين علىٰ الواحد والجماعة، والأيمان علىٰ واحد.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٤-٥٦٥.

(٢) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٣٨؛ والمغني ١٢/ ٢١٨، وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٢.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٣٠.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ١٣٢.

ولأنه قد ثبت للمقتول قاتل لابد منه، فالواحد يتعين وغيره مشكوك فيه لا يعلمه، فلم يجز أخذه بالشك(١).

[١٧٩٩/٩] **مسألة:** اللوث الذي يملك به الأولياء القسامة هو: أن يوجد قتيل بين قوم أو بقربهم بينه وبينهم عداوة ظاهرة(٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا اعتبار بالعداوة، وإنما الاعتبار بالأثر، فمتىٰ وجد / قتيل في محلة، وبه أثر، فادعىٰ الولي علىٰ أهل المحلة أنهم قتلوه، أو [٢١٣] علىٰ واحد بعينه استحلف أهل المحلة خمسون بالله ما قتلناه ولا علمنا قاتلاً، يختارهم الولي، فإن لم يبلغوا خمسين كرر عليهم الأيمان(٣).

وخلافاً لمالك في قوله: اللوث أحد الأمرين، إما من شاهد يشهد، أو أن يقول: المقتول دمي عند فلان(٤).

وخلافاً للشافعي في قوله: اللوث وجود سبب يوجب عليه الظن أن الأمر كما يقول المدعي مثل أن يوجد قتيل بين قوم بينهم وبين المقتول عداوة ظاهرة، ولايختلط بالقوم غيرهم، أو يدخل جماعة داراً ويتفرقون عن قتيل، وبالقرب رجل معه سكين أو سيف متخضب بالدم، أو شهد به شاهد واحد عدل، أو يشهد جماعة من غير العدول متفرقين(٥).

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٢١٨.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٠٩٧؛ والمغني ١٢/ ١٩٣.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٧.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٠١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣١.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٣٦؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢١٥.

لأن هذه الأشياء لا توجب غلبة الظن، لأن المقتول في دار قوم يجوز أن يكون قتل نفسه لأمر لحقه، أو يكون غيره قتله وطرحه فيهم، وكذلك إذا وجد رجلاً واقفاً بيده سكين إلىٰ قرب مقتول يجوز أن يكون القتيل قتل نفسه بها أو غيره، وأخذها هذا من يده، يبين صحة هذا: أن الغالب ممن يقتل غيره أن يبعد عنه ويتعمد ذلك في غير موضعه، وبحيث لا تلحقه التهمة فيه، وبقاؤه في موضع المقتول لا يقوىٰ التهمة، فيجب أن يكون القاتل غيره.

ولأنه يجوز أن يكون تلوث الدم، لأنه ذبح شاة، ولأنه لو وجدنا شاة مذبوحة وبقربها إنسان واقف بيده سكين ملوثة لم يكن هذا ظاهراً علىٰ أنه هو الذابح.

ولأن الشاهد الواحد لو كان يوجب عليه غلبة الظن في القتل، جاز أن يوجب غلبة الظن في حد القذف، فإذا شهد به شاهد واحد جاز للمدعي القذف أن يحلف المدعىٰ عليه[1].

ولأن القياس يمنع من القسامة، لأنها إيمان علىٰ مالا يعلم، وإنما تركنا القياس في ذلك إذا كان هناك عداوة لأجل قصة[2] الأنصار، وبقىٰ ما عداه علىٰ موجب

---

(١) الشاهد الواحد لايكفي لإقامة حد القذف، بل لابد من اثنين، ولايحلف مع الشاهد الواحد. انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ٦٠٧ـ٦٠٨.

(٢) قصة الأنصار في القسامة هي: أن محيصة بن مسعود وعبدالله بن سهل انطلقا إلىٰ خيبر، فتفرقا في النخيل، فقتل عبدالله بن سهل، فاتهموا اليهود، فجاء أخوه عبدالرحمن، وابنا عمه حويصه ومحيصه إلىٰ النبي ﷺ، فتكلم عبدالرحمن في أمر أخيه، وهو أصغرهم. فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «ليبدأ الأكبر»، فتكلما في أمر صاحبهما. فقال النبي ﷺ: «يقسم خمسون منكم علىٰ رجل منهم، فيدفع إليكم برمته». فقالوا: أمر لم نشهده، كيف نحلف؟ قال: «فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم؟» قالوا يا رسول الله، قوم كفار ضلال. فوداه رسول الله ﷺ. هذه القصة رواها البخاري في الديات: باب القسامة (٦٨٩٨)، و(٦٨٩٩) ٤/ ٢٢، ٢٧٣، ومسلم في القسامة والمحاربين والقصاص والديات: باب القسامة (١٦٦٩) (١)، (٢)، (٣)، (٤) ٣/ ١٢٩١ـ١٢٩٤.

القياس[١].

[١٨٠٠/١٠] **مسألة:** لاقسامة إلا في النفس. ذكره أبوبكر[٢].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: تجب فيما دونها[٣].

لأن ما دون النفس لا تجب فيه الكفارة بحال، فوجب أن لا تجب فيه القسامة، كالدابة[٤].

ولأنا إنما جعلنا القسامة في النفس، لأن القاتل يتتبع خطوات المقتول ليتعذر إقامة البينة، فلما تعذرت جعلنا اليمين في جنبه ابتداء[٥]، فلا حاجة بنا هاهنا[٦]، لأن المجنى عليه يعرف صاحبه، فتكون المناظرة معه.

[١٨٠١/١١] **مسألة:** في العبد المقتول قسامة[٧].

خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي[٨].

---

(١) انظر: كشاف القناع ٦/ ٦٨.

(٢) وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٧؛ والمغني ١٢/ ٢١٧؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٣١؛ والاستذكار ٢٥/ ٣٠٩.

(٣) لم أجد في هذه المسألة قولين، وإنما حكى الروياني من الشافعية عن بعض الشافعية وجهاً في القسامة في الأطراف، وغلط قائله، ومذهب الشافعية أنه لا قسامة إلا في النفس. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٣٦.

(٤) وذلك لأن النص ورد في النفس فقط. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٣٦.

(٥) أي في جنب المدعي.

(٦) أي في الجناية على مادون النفس.

(٧) وهو الأظهر عند الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٨؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٠١؛ والمغني ١٢/ ٢١٥، وروضة الطالبين ٧/ ٢٣٦.

(٨) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٠١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٢؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢١٥.

لأن في قتله خطأ الكفارة[١]، فجاز أن تجب فيه القسامة كالحر.

ولأن القصاص يجب بقتله[٢]، فهو كالحر.

[١٨٠٢/١٢] **مسألة:**[٣] / إذا كان المدعون جماعة قسمت الأيمان عليهم [٢١٤] بالحساب، ولم يلزم كل واحد منهم خمسون يميناً[٤].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً[٥].

لأن كل حجة يثبت بها دعوى الواحد جاز أن يثبت بها دعوى الجماعة [٦]، كالبينة لما كانت يثبت بها الحق لو لم يكن للميت إلا وارث واحد ثبت بها أيضاً وإن كان لجماعة.

[١٨٠٣/١٣] **مسألة:** لا مدخل للنساء في أيمان القسامة في العمد والخطأ[٧].

خلافاً لأبي حنيفة[٨]، والشافعي في قولهما: تسمع (أيمانهن) [٩] في العمد

---

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٨.

(٢) حيث نص الشارع على ذلك بقوله «والعبد بالعبد» [البقرة: ١٧٨].

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٨، والمغني ١٢/ ٢٠٢، والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٦، والتلقين ٢/ ٤٨٩.

(٥) هذا قول مرجوح في مذهب الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٤٣.

(٦) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٨.

(٧) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٢٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٠٠؛ والمغني ١٢/ ٢٠٨.

(٨) مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة أنه لا قسامة على المرأة في العمد والخطأ. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٦٦؛ والفتاوى الهندية ٦/ ٧٨.

(٩) في المخطوط (أيمانهم).

والخطأ[١].

وخلافاً لمالك في قوله: تسمع في قتل الخطأ، ولاتسمع في العمد[٢].

فالدلالة على أنها لا تسمع في العمد: أنها[٣] حجة يثبت بها قتل العمد، فلا تسمع من النساء، دليله: شهادة النساء على قتل العمد[٤].

ولأنه شخص لا يكون مع غيره بينة في قتل العمد، فلا تسمع يمينه في القسامة، كالصبي[٥] والمجنون.

والدلالة على أنها لا تسمع في الخطأ: أنها يمين في إثبات قتل، فلا تسمع من النساء، كالعمد[٦].

ولأن الخطأ وإن كان يتضمن مالاً وللنساء مدخل في إثبات الأموال، فإنه لا يثبت إلا بعد ثبوت القتل، والنساء لا مدخل لهن في ثبوت القتل، وجرى مجرى رجل إدعى زوجية امرأة، وأقام على ذلك شاهداً وامرأتين لم تسمع هذه الشهادة، وإن كانت تتضمن في الحال مالاً فقط، لكن لما تضمن ثبوت الميراث ثبوت النكاح لم يثبت بشهادتهم، كذلك هنا[٧].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٤٣؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢٠٩.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٤٠٣؛ والذخيرة ١٢/ ٣٠٠.

(٣) أي القسامة.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٢٠٨.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٢٠٨.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٢٠٨.

(٧) انظر: المغني ١٢/ ٢٠٨.

[١٨٠٤/١٤] **مسألة:** لا تجب الكفارة بقتل العمد[١].

خلافاً للشافعي، والثانية في قوله: تجب[٢].

لأنه فعل يوجب القتل، فوجب أن لا يوجب الكفارة، دليله: الزنا الموجب للرجم، ولا يلزم عليه إذا زنىٰ في رمضان، وهو محصن، لأن الموجب للكفارة هتك حرمة الشهر دون الفعل الموجب للقتل[٣]، ألا ترىٰ أنه لو كان بدل (القتل زنا)[٤]، أو مباشرة دون الفرج صحبها إنزال لوجبت الكفارة وإن لم يجب القتل[٥].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لا تأثير له في الأصل، لأن الزنا الذي لا يوجب القتل لا كفارة فيه، لأنه لا يمتنع أن يكون وجود القتل مؤثراً في إسقاط الكفارة، وإن كان عدمه مؤثراً أيضاً كما قلنا في علة الربا (في المطعوم)[٦] كونه مكيلاً عندنا[٧]، وعند مخالفنا كونه مطعوماً[٨] وإن كان الربا يتعلق بغير ذلك، وهو الذهب والفضة،

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٩٨؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٢٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٣٠؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٧٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٧.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٢٨؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ١٨٤؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٩٨.

(٣) الذي هو الزنا.

(٤) في المخطوط (الزنا قتل) ولا تستقيم العبارة إلا بما أثبت.

(٥) لأن المباشرة مع الإنزال فيها هتك لحرمة الشهر، فتجب فيها الكفارة.

(٦) في المخطوط (والمطعوم).

(٧) انظر: المغني ٦/ ٥٦.

(٨) أي عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٩٠.

وكذلك في العلل العسلية، لأن الظلم قبيح، لأنه ظلم، والكذب قبيح وليس بظلم.

ولا معنى لقولهم: إنا نغلبه، فنقول: وجب أن يكون حكمه حكم مالا يوجب القتل. أو نقول: وجب أن يكون عمده وخطاؤه سواء. لا يصح أن يكون حكمه (حكم)[1] مالا بوجب القتل، لعلمنا أن القتل / بحق لا يوجب القتل ولا [٢١٥] الكفارة، والقتل بغير حق يوجبهما عندك، ولا يصح أن يكون عمده وخطاؤه سواء، لأنه تعليل لحكم مجهول، فلا يقابل عليه قد صرح بحكمها.

ولأن الكفارة حق في مال، فوجب أن لا تجب مع القود، دليله: الدية[٢].

ولا معنى لقولهم: الدية بدل النفس، والقصاص بدلها، فلم يجتمع بدلان. لأنه غير ممتنع، بدليل: المحرم إذا قتل صيداً يضمنه بمثله لحرمة الإحرام، ويضمنه بمثله لكون هدياً، وهما بدلان عن مبدل، وكذلك لو قتل اثنان واحداً قتلا به، وإن كانا بدلين عن مبدل.

[**١٨٠٥/١٥**] **مسألة:** تجب كفارة القتل على الصبي والمجنون والكافر[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا كفارة عليهم[٤].

---

(١) في المخطوط (وحكم) وظهر لي أن الواو زائدة.

(٢) فلا تجب مع القود.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٢٩-٤٣٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٨٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٥٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٤٧٨.

لأنه قاتل يلزم عاقلته ما وجب بقتله، فكان أهلاً لوجوب الكفارة عليه، دليله: البالغ العاقل المسلم.

ولأنه حق مالي يتعلق بالقتل، فاستوىٰ فيه الصغير، والكبير، والعاقل، والمجنون، كالدية، يبين صحة هذا: أن الكفارة آكد في اللزوم من الدية، ألا ترىٰ أنها تجب علىٰ من قتل نفسه، أو قتل عبده، أو قتل رجلاً أذن له في قتله، أو مسلماً في دار الحرب يظنه كافراً، وإن لم تجب الدية في هذه المواضع، فأولىٰ أن تجب هاهنا.

[١٨٠٦/١٦] **مسألة:** لا مدخل للإطعام في كفارة القتل[١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين، والثانية: له مدخل[٢].[٣]

لأنها كفارة وجبت لأجل القتل، فكان أحدها الصيام، دليله: قتل الصيد.

[١٨٠٧/١٧] **مسألة:** تجب الكفارة علىٰ القاتل بالسبب، مثل: حفر البئر، ووضع الحجر والسكين في الطريق[٤].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك، وأحد القولين للشافعي، ورجحه النووي من الشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٩٩؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٣٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٤٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٢٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٢٨؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٨٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٢٩٩.

(٣) مذهب الحنفية أنه لا مدخل للإطعام إلا إذا لم يجد الرقبة. انظر: مختصر الطحاوي ص ١٣٣.

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٢٨-٤٢٩، وبداية المجتهد ٢/ ٤١٧؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٨٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا كفارة[١].

لأنه يتحمل عنه الدية، فوجب أن يكون هو القاتل، كالخاطئ.

ولأنه فعل لا يوجب القتل، فضمن به نفس الحرمة، فضمن به الكفارة، كالمباشرة، ولايلزم عليه قتل العمد، لأنه (يوجب)[٢] القتل، ولايلزم عليه ضمان العاقلة للدية ولا يضمنون الكفارة، لأنهم لا يضمنون بالفعل، وإنما يضمنون بالتعصيب المخصوص، ولايلزم عليه إذا غصب عبداً، فمات في يده أنه يضمن نفسه، ولاكفارة، لأنه ليس بحر.

ولأنها كفارة تجب بمباشرة الفعل، فجاز أن تجب بسبب القتل، دليله: جزاء الصيد.

[١٨٠٨/١٨] **مسألة:** تجب الكفارة بقتل الكافر المحقون الدم، والعبد[٣].

خلافاً لمالك في قوله: لا تجب الكفارة بقتل الكافر، والعبد[٤].

لأنهما آدميان يجب القصاص عليهما بقتلهما عمداً، فوجبت الكفارة بقتلهما خطأ، دليله: الحران المسلمان.

[١٨٠٩/١٩] **مسألة:** إذا ضرب رجلاً ملفوفاً في كساء، فَقَدَّه نصفين، ثم

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٢٣ـ١٢٤.

(٢) في المخطوط (لايوجب) والصحيح ما أثبت.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٢٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٨٧.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٩٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

اختلف الجاني وولي المجنىٰ عليه، فقال الجاني: كان ميتاً حال ما ضربته. وقال الولي: كان حياً فقتلته، فالقول قول (ولي)[1] المجني عليه. ذكره أبوبكر[2].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: القول قول الجاني[3].

لأن الأصل بقاء حياته، لأنه مضمون عليه بجنايته، والجاني مدعي طريان مالم يثبت، فوجب أن لا يقبل قوله / ، كما لو قتل مسلماً وادعىٰ أنه كان مرتداً، [٢١٦] فإنه لا يقبل قوله حتىٰ يقيم البينة[4].

[١٨١٠/٢٠] **مسألة:** فيمن تعلم السحر ويستعمله يكفر[5].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكفر باستعمال السحر، فإن قتل بسحره، وقال: سحري يقتل غالباً قتل قصاصاً[6].

لقوله تعالىٰ: ﴿**وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ**﴾[7]، فأخبر أنهم كفروا بتعليمهم السحر، فإذا كان المتعلم بتعليمه كافراً، فالمعلِّم أولىٰ أن يصير كافراً بتعليمه.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٠٠؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٣١.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٦٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ١٧٠؛ ولم أقف علىٰ رأي أبي حنيفة في هذه المسألة.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣١.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣١، والمغني ١٢/ ٣٠٠؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٢٩٥؛ والذخيرة ١٢/ ٣٢.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٧/ ١٩٨،٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٤١.

(٧) البقرة (١٠٢).

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لم يخبر أنهم كفروا بتعليمهم، وإنما أخبر أنهم يعلمون في حال كفرهم. لأنه لو كان كذلك لقال: ولكن الشياطين كفروا ويعلمون الناس السحر، وهذا كقوله: ولكن الشياطين كفروا بجحدهم الشهادتين، فإنه يكون علة في كفرهم.

ولأن ذكر الصفة في الحكم علة لقوله تعالىٰ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾[1]، ﴿والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا﴾[2]، فلما كان السحر صفة والكفر حكم، وجب أن يكون علة فيه.

وروىٰ أبوهريرة عن النبي ﷺ قال: «من أتىٰ كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل علىٰ قلب محمد»[3] فإذا كان المصدق للساحر كافراً بتصديقه كان المستعمل أولىٰ أن يكون كافراً، لأن المصدق إذا لم يستعمله فهو دون المستعمل له في الإثم.

ولأن الفاعل للسحر لايخلو: إما أن يعتقد أن الكواكب فاعلة ويدعىٰ بسحره

---

(١) النور (٢).

(٢) المائدة (٣٨).

(٣) رواه ابن ماجة في الطهارة وسننها: باب النهي عن اتيان الحائض (٦٣٩) ١/ ٢٠٩، والترمذي في أبواب الطهارة: باب ما جاء في كراهية إتيان الحائض (١٣٥) ١/ ٢٤٢، والدارمي في الطهارة: باب من أتىٰ امرأته في دبرها (١١٣٦) ١/ ٢٧٥. الجميع من طريق حماد بن سلمة، عن حكيم الأثرم، عن أبي تميمة الهجيمي، عن أبي هريرة مرفوعاً إلىٰ النبي ﷺ. وهذا نص الحديث: «من أتىٰ حائضاً أو امرأته في دبرها أو كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل علىٰ محمد» وهذا الحديث رواه أيضاً البيهقي في القسامة: باب تكفير الساحر وقتله إن كان ما يسحر به كلام كفر صريح. من طريق عبدالله بن حسين القاضي، ثنا الحارث بن أبي أسامة، ثنا روح بن عبادة، ثنا عوف، عن خلاس ومحمد، عن أبي هريرة مرفوعاً إلىٰ النبي ﷺ. السنن الكبرىٰ ٨/ ١٣٥. وقد صححه الألباني. انظر: صحيح سنن ابن ماجة ١/ ١٠٥.

معجزات لا يجوز وجود مثلها إلا للأنبياء، وهو أن يجوز أن الجن تخبره بالغيوب وتقدم على أن يعترضوا الحيوان والطيران في الهواء والمشي على ماء وما جرى مجراه .

أو يعتقد أن الله تعالى هو الفاعل لذلك عند وجود هذا الفعل من جهته، فإن اعتقد القسم الأول فهو كافر بلا شبهة، لأنه يجعل صانع الأشياء غير الله . ويجوز مثل إعلام الأنبياء مع الكذابين المتخرصين، ومن كان كذلك فلا يعلم صدق الأنبياء لتجويزه مثل هذا الإعلام مع غيره، وإن اعتقد القسم الثاني، وهو أن الله تعالى يفعل ذلك عند سحره لم نصدقه لوجهين، أحدهما : أن من تعلم السحر ويعمل به في الغالب يعتقد تعظيم الكواكب وأنها تضر وتنفع ويزعم أن من لم يعتقد ذلك لم يصح ما يفعله فيحصل في حكم الزنديق الذي يستبطن الكفر ويظهر الإسلام فلا تقبل توبته .

والثاني أنه يدعي بسحره أنه يقدر على أفعال يتفرد الباري بها، وهو أنه يدعي أن الجن تطيعه بطلمسات يكتبها ويعزم عليها بكلام (وزجر)[1] حتى يحضرهم فيطيعوه حتى يقلب الحيوان من صورته إلى صورة أخرى، ويسير الجماد من مكانه إلى مكان آخر، لأنه يعتقد أنه يركب المكنسة فتسير به في الهواء، ويستدعي الكواكب فتجيبه، [٢١٧ ويفارق هذا / ما يعمله من الرقى والعقد ليوصل بها الأمر إلى يد غيره أنه لا يكفر بذلك، لأن ذلك بمنزلة من قتل غيره، بأن سقاه سماً ونحوه، وكذلك من يعمل السحر

(١) في المخطوط (ورحر) بدون نقط ولعل صحتها ما أثبت .

بالأدوية والرسم، والسعاية والشعوذة، لأنه ليس في ذلك مايتضمن كفره، لأنه لم يدع فيها معجزة لا يمكن إنفاذ فعلها فلم يكفر.

[١٨١١/٢١] **مسألة:** ولا تقبل توبته، ويقتل حداً[١].

خلافاً للشافعي في قوله: تقبل[٢].

لما رُوَي عن النبي ﷺ قال: «حد الساحر ضربه بالسيف»[٣]، وقوله: «اقتلوا الساحر والساحرة»[٤] وهذا عام.

---

(١) وبه قال أبو حنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣١-١١٣٢، والمغني ١٢/ ٣٠٠-٣٠٣، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٢٩٥.

(٢) وبه قال بعض المالكية. انظر: تكملة المجموع ١٩/ ٢٤٦، والذخيرة ١٢/ ٣٨.

(٣) رواه عبدالرزاق في اللقطة: باب قتل الساحر، (١٨٧٥٢) المصنف ١٠/ ١٨٤، والترمذي في الحدود: باب ماجاء في حد الساحر، (١٤٦٠) ٤/ ٦٠، والبيهقي في القسامة: باب تكفير الساحر وقتله إن كان ما يسحر به كلام كفر صريح. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٣٦. الجميع من طريق إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن جندب مرفوعاً. قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وإسماعيل بن مسلم المكي يضعف في الحديث. انظر: سنن الترمذي ٤/ ٦٠. وقال البيهقي: إسماعيل بن مسلم ضعيف. انظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٣٦. وقال الألباني: هذا حديث ضعيف. انظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة ٣/ ٦٤١، وضعيف سنن الترمذي ص ١٦٨.

(٤) لم أجده مرفوعاً إلىٰ النبي ﷺ وقد ورد موقوفاً علىٰ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلفظ «اقتلوا كل ساحر» رواه عبدالرزاق في اللقطة: باب قتل الساحر (١٨٧٤٦) المصنف ١٠/ ١٨٠، وأبوداود في الخراج والإمارة والفيء: باب في أخذ الجزية من المجوس (٣٠٤٣) ٣/ ١٦٥، والبيهقي في القسامة: باب تكفير الساحر وقتله إذا كان ما يسحر به كلام كفر صريح. واللفظ في البيهقي «اقتلوا كل ساحر وساحرة». السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٣٦. الجميع من طريق عمرو بن دينار قال: سمعت بجالة التيمي يحدث عمرو بن أوس وأبا الشعثاء، قال: كنت كاتباً لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس، فأتانا كتاب عمر قبل موته بسنة: اقتلوا كل ساحر. إسناد هذا الأثر صحيح فجميع رواته ثقات.

ولأن عمر أخذ ساحراً فدفنه إلىٰ صدره، ثم تركه حتىٰ مات ولم يرحمه»[١].

وروىٰ أن جارية لحفصه سحرتها، فأمرت حفصة عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب فقتلها، فبلغ ذلك عثمان فأنكره»[٢] وإنما أنكره، لأنها انفردت بقتلها دونه.

ولأنه شائع في الأرض بالفساد، ويد الإمام ثابتة عليه، فهو كقطاع الطريق، إذا قدر عليهم الإمام، ثم تابوا، إن التوبة لا تسقط عنهم القتل[٣].

[١٨١٢/٢٢] **مسألة:** ساحر أهل الكتاب لا يقتل[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: حكمه حكم ساحر المسلمين في إيجاب القتل[٥].

---

(١) رواه عبدالرزاق في اللقطة: باب قتل الساحر (١٨٧٥٥) من طريق عبدالرحمن ، عن المثنىٰ، عن عمرو بن شعيب، عن ابن المسيب أن عمر بن الخطاب أخذا ساحراً . . . المصنف ١٠/ ١٨٤ . وهذا أثر مرسل عن عمر .

(٢) رواه عبدالرزاق في اللقطة: باب قتل الساحر (١٨٧٤٧)، المصنف ١٠/ ١٨٠ . ابن أبي شيبة في الحدود: ما قالوا في الساحر ما يصنع به؟ (٩٠٢٩) المصنف ١٠/ ١٣٥-١٣٦، والبيهقي في القسامة: باب تكفير الساحر وقتله إن كان ما يسحر به كلام كفر صريح . السنن الكبرىٰ ٨/ ١٣٦ . الجميع من طريق عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر . وإسناد هذا الأثر صحيح فجميع رواته ثقات .

(٣) انظر : المغني ١٢/ ٤٨٣ .

(٤) انظر : المغني ١٢/ ٣٠٥؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٢٥ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٠٨ .

لما رُوي أن لبيد بن أعصم اليهودي سحر النبي ﷺ في بئر ذروان[١]، فلم يقتله النبي ﷺ[٢].

وقال الزهري: لا يقتل ساحر المشركين، لأن رسول الله ﷺ سحرته امرأة يهودية فلم يقتلها»[٣].

ولأن وجود السحر من أهل الكتاب لايوجب قتلهم، دليله: المرأة من أهل الكتاب، وليس لهم أن يقولوا: لو كانت مسلمة لم تقتل، لأنا لا نسلم هذا، ولأن ساحر المسلمين إنما قتل لأحد وجهين: إما أن يعتقد تعظيم الكواكب وأنها فاعلة، ويدعي بسحره معجزات لا يجوز فعل مثلها إلا للأنبياء، أو يعتقد أن الله كذلك عند سحره فلا يقبل منه، ولأنه يبطن خلاف ما يظهر، فهو كالزنديق، وأيهما كان فإنه لا يوجب القتل في حق الكافر، لأنه يقر على هذه الأشياء.

[١٨١٣/٢٣] **مسألة:** حكم المرأة حكم الرجل تقتل بسحرها[٤].

---

(١) هي بئر بالمدينة في بستان بني زريق. انظر: شرح النووي لصحيح مسلم ١٤/ ١٧٧.

(٢) رواه البخاري في كتاب الطب: باب الكهانة (٥٧٦٣)، وفي باب السحر (٥٧٦٦) ٤/ ٤٨-٤٩.

(٣) لم أقف عليه.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٣٠٢-٣٠٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تحبس ولا تقتل[١].

لما تقدم[٢] من حديث حفصة أنها قتلت جارية لها سحرتها، وكل سبب أوجب قتل الرجل أوجب قتل المرأة، كالقتل.

[١٨١٤/٢٤] **مسألة:** إذا رجع الشاهدان، والمشهود له جميعاً بعدما قتل المشهود عليه، فلورثة المشهود عليه أن يضمنوا الشاهدين والمشهود له جميعاً[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: له أن يضمن أيهما شاء[٤].

لأن القتل حصل بشهادتهما وبمطالبة المشهود له، لأنه لولا شهادتهما ومطالبة المشهود له لم يجب القصاص، فإذا رجعوا كان الضمان عليهم، كما لو اشتركوا في قتله.

[١٨١٥/٢٥] **مسألة:** إذا شهد شاهد وعشر نسوة، ثم رجعوا جميعاً ضمن الرجل نصف الدية والنسوة النصف[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يضمن الرجل السدس، والنسوة خمسة

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٩.

(٢) في الصفحة السابقة.

(٣) لم أقف على توثيق هذه المسألة عند الحنابلة.

(٤) لم أقف على توثيق هذه المسألة عند الحنفية.

(٥) هذا احتمال عند الحنابلة. انظر: المغني ١٤/ ٢٥٣.

أسداسه[١].

لأن النسوة وإن كثرن فإنهن بمنزلة رجل واحد، / ألا ترىٰ أن خمس نسوة لو [٢١٨] شهدن بحق لم يقطع بشهادتهن، فعلم أنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد، فصار كأن شاهدين شهدا بحق ثم رجعا، فيكون علىٰ كل واحد منهما النصف.

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٤٧؛ والمغني ١٤/ ٢٥٣.

كتاب قتال أهل البغي[١]

[١٨١٦/١] **مسألة:** إذا أتلف أهل البغي مالاً على أهل العدل، أو قتلوا منهم فلا ضمان (عليهم)[٢].[٣]

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يضمنون[٤].

لما روى الزهري قال: ثارت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون، فأجمعوا رأيهم على أنه من أصاب دماً، أو فرجاً، أو مالاً بتأويل القرآن فلا ضمان عليه، إلا أن يوجد المال قائماً بعينه»[٥].

---

(١) البغي: من بغى يبغي بغياً، فهو باغ، والجمع بغاة. وبغى: سعى بالفساد. انظر: أساس البلاغة، والمصباح المنير، مادة «بغى».

وأهل البغي شرعاً هم: القوم الذين يخرجون عن طاعة الإمام بتأويل سائغ، ولهم شوكة ومنعة. انظر: المحرر ٢/ ١٦٦، والمبدع ٩/ ١٥٩.

(٢) في المخطوط (عليه).

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية، والصحيح من القولين عند الشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٠٦؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٣٢؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٠٦؛ والمغني ١٢/ ٢٥٠، وبدائع الصنائع ٧/ ١٤١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٠.

(٤) وهي رواية أخرى عن الإمام أحمد. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٧٥؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٠٧؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٠٦.

(٥) رواه عبدالرزاق في العقول: باب قتال الحرورية (١٨٥٨٤) المصنف ١/ ١٢٠-١٢١، وابن أبي شيبة في الديات: فيما يصاب في الفتن من الدماء (٨٠١٢) المصنف ٩/ ٤٣٠، والبيهقي في قتال أهل البغي: باب من قال لاتباعة في الجراح والدماء وما فات من الأموال في قتال أهل البغي. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ١٧٥. الجميع من طريق معمر، عن الزهري. وهذا الأثر سنده ضعيف، لأن الزهري لم يدرك الفتنة. وقد ضعفه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١١٦

ولأنه إتلاف من طائفة ممتنعة بتأويل سائغ فلم يضمنوا، أصله: أهل العدل، يبين صحة هذا: أن أحكام أهل البغي بمنزلة أحكام أهل العدل، ألا ترىٰ أن قضاياهم تنفذ، وشهادتهم تقبل، وإذا أخذوا الزكاة، أو الجزية أجزأ ذلك[١]، ولايلزم عليه ما يتلفه المرتدون إذا كانوا في منعة، لأنه ليس هناك تأويل سائغ،[٢] ولايلزم عليه ما يتلفه البغاة في غير حال الحرب، أو إذا لم تكن منعة[٣]، لقولنا «من طائفة ممتنعة».

[**١٨١٧/٢**] **مسألة:** لايجوز للإمام أن يستعين علىٰ قتال أهل البغي بالكفار، من أهل الحرب وأهل الذمة[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز[٥].

لأن القصد بقتال أهل البغي الدفع عن النفس وتفريق شملهم أو يرجعوا إلىٰ الطاعة، ولايقاتلون ليقتلوا، ولهذا لا يجوز أن يوقف علىٰ جريحهم، ولا يقتل أسيرهم[٦]، وإذا كان كذلك لم يجز أن يسلط علىٰ قتالهم من يستحل قتالهم بكل حال، ويقصد السعي، ولهذا نقول: إذا كان في المسلمين من يرىٰ قتلهم مقبلين ومدبرين لم تجز الاستعانة به.

---

(١) انظر: المحرر ٢/ ١٦٦.

(٢) انظر: المرجع السابق ٢/ ١٦٨-١٦٩.

(٣) فإن عليهم ضمان ما أتلفوه. انظر: المغني ١٢/ ٢٥١.

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥١١؛ والذخيرة١٢/ ٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٠٥.

(٥) انظر: المبسوط ١٠/ ١٣٣-١٣٤.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٢٥٣.

[**١٨١٨/٣**] **مسألة**: لا يجوز أن يستعان بكراع[(١)] أهل البغي وسلاحهم على حربهم[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز ذلك، فإذا وضعت الحرب أوزارها ردت إليهم[(٣)].

لأنه لا يستمتع بسائر أموالهم فلا يستمتع بدوابهم وسلاحهم قياساً على أهل العدل[(٤)].

ولأن كل مال وجب رده على صاحبه لم يجز الانتفاع به من غير إذنه، دليله: ما ذكرنا.

[**١٨١٩/٤**] **مسألة**: إذا انهزم أهل البغي لم يجز إتباعهم وقتلهم سواء كان [لهم][(٥)] فئه [يرجعون][(٦)] إليها أو لم يكن[(٧)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان [لهم][(٨)] فئة يرجعون إليها اتبعوا وقتلوا[(٩)].

---

(١) الكراع: اسم يجمع الخيل. انظر: مختار الصحاح، مادة «كرع»، وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ١١٤: الكراع: اسم يجمع الخيل والسلاح إذا ذكر مع السلاح، والكراع الخيل نفسها اهـ.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٣٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥١١؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٠٥.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣١٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٦٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٠٠؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٠٠.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٣.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) في المخطوط (يرجعوا).

(٧) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٣٣، والمقنع لابن البنا ٣/١١٠٦، والمغني ١٢/ ٢٥٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٠٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٠٠.

(٨) ساقط من المخطوط.

(٩) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣١٣؛ وبدائع الصنائع ٧/ ١٤٠-١٤١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٦٤.

لما روىٰ عبدالله[1] قال: قال رسول الله ﷺ: «يا بن أم عبد ما حكم من بغىٰ من أمتي؟» قال: قلت الله ورسوله أعلم قال: «لا يتبع مدبرهم، ولا يجاز علي جريحهم، ولا يقتل أسيرهم، ولا يقسم فيؤهم ولم يفرق»، وفي لفظ آخر «لا يجهز علىٰ جريحها، ولا يقتل أسيرها، ولا يطلب هاربها، ولا يقسم فيؤها»[2].

[١٨٢٠/٥] **مسألة:** وتنفذ قضايا البغاة علىٰ الوجه الذي تنفذ قضايا غيرهم[3].

خلافاً/ لأصحاب أبي حنيفة[4]. [٢١٩]

لأنهم إذا غلبوا علىٰ مصر صاروا في حكمه، بدليل: أنه ينفذ ما أخذوا من خراج، وزكاة. ولأنهم ساووا أهل العدل في سقوط الضمان عنهم بالإتلاف، جاز أن يساووهم في نفوذ قضاياهم.

---

(١) هو عبدالله بن مسعود رضي الله عنه.

(٢) رواه الحاكم في قتال أهل البغي (١٩/ ٢٦٢٢) المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ١٦٨؛ والبيهقي في قتال أهل البغي: باب أهل البغي إذا فاؤوا لم يتبع مدبرهم، ولم يقتل أسيرهم، ولم يجهز علىٰ جريحهم، ولم يتمتع بشيء من أموالهم. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٨٢. الجميع من طريق كوثر بن حكيم، عن نافع، عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: قال رسول الله ﷺ لعبدالله بن مسعود: فذكره. قال البيهقي: تفرد به كوثر بن حكيم وهو ضعيف. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٨٢. وقد ضعفه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١١٤.

(٣) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٠٦ـ١١٠٧؛ والمغني ١٢/ ٢٥٩؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣٠٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢١٣.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣١٤؛ وبدائع الصنائع ٧/ ١٤٢.

كتاب المرتد[١]

[١٨٢١/١] **مسألة**: المرتدة تقتل[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقتل[٣].

لما روى جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فأمر النبي ﷺ أن يعرض عليها الإسلام، فإن رجعت وإلا قتلت»[٤].

ولأنه كفر بعد إيمان، فوجب أن يوجب القتل، أصله: كفر الرجل بعد إيمانه. أو نقول: من وجب قتله بزنا بعد إحصان وجب قتله بكفر بعد إيمان، كالرجل. أو نقول: ردتها تسقط [ضمان][٥] نفسها، لأن من قتلها بعد ردتها لم يجب عليه ضمانها، فوجب أن يزيل حقها، كالرجل، وليس إذا لم تقتل بالكفر الأصلي لم تقتل بالكفر الطارئ، كالشيخ الفاني، والأعمى، والزمن لا يقتلون بالكفر

---

(١) المرتد لغة: الراجع، يقال: ارتد، فهو مرتد، إذا رجع. انظر: لسان العرب، ومختار الصحاح مادة «رد».
والمرتد شرعاً: هو الذي يكفر بعد إسلامه. انظر: المحرر ٢/ ١٦٧، والمبدع ٩/ ١٧٠.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٠٨؛ والمغني ١٢/ ٢٦٤؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٥٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٩٥.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٥٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٧٦.

(٤) رواه الدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٢٢). سنن الدارقطني ٣/ ١١٨-١١٩، والبيهقي في المرتد: باب قتل من ارتد عن الإسلام إذا ثبت عليه رجلا كان أو امرأة. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٢٠٣. الجميع من طريق معمر بن بكار السعدي، عن إبراهيم بن سعد، عن الزهري، عن محمد بن المنكدر، عن جابر فذكره. ورواه البيهقي من طريق آخر وهو من طريق عبدالله بن اذنيه، عن هشام بن الغاز، عن محمد بن المنكدر، عن جابر فذكره. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/ ٤٩: «وإسنادهما ضعيف». وقال الألباني: «حديث ضعيف» انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٢٦.

(٥) ساقط من المخطوط.

الأصلي، ويقتلون بالطارئ[١]، ولأن الكفر الأصلي يقر عليه بأخذ الجزية والاسترقاق، والطارئ بخلافه[٢].

[١٨٢٢/٢] **مسألة:** استتابة المرتد واجبة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، وبعض الشافعية[٤].

لأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عن عمر[٥]، وعلي[٦]، وابن عمر[٧]، وأبي

(١) انظر: المغني ١٢/٢٦٦.

(٢) انظر: المغني ١٢/٢٦٦.

(٣) وبه قال مالك، ورواية عن الشافعي رجحها النووي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٠٨؛ والمغني ١٢/٢٦٦؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٥٩؛ وتكملة المجموع ١٩/٢٢٦، وروضة الطالبين ٧/ ٢٩٦.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣/٣٠٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/٤٥٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٩٦، وتكملة المجموع ١٩/٢٢٦.

(٥) ر عمر رواه مالك في الموطأ في الأقضية: باب القضاء فيمن ارتد عن الإسلام (١٦) موطأ الإمام مالك ٢/ ٧٣٧، وعبدالرزاق في اللقطة: باب في الكفر بعد الإيمان (١٨٦٩٥) المصنف١٠/ ١٦٥، وابن أبي شيبة في الحدود: في المرتد عن الإسلام، ماعليه؟ (٩٠٣٤) المصنف ١٠/١٣٧، والبيهقي في المرتد: باب من قال: يستتاب ثلاث مرات فإن عاد قتل. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/٢٠٧. الجميع من طريق عبدالرحمن بن محمد بن عبدالقاري، عن أبيه، عن عمر موقوفاً.

(٦) أثر علي رواه عبدالرزاق في اللقطة: باب في الكفر بعد الإيمان (١٨٦٩١) المصنف ١٠/ ١٦٤؛ وابن أبي شيبة في الحدود: في المرتد عن الإسلام ما عليه؟ (٩٠٣٥) المصنف ١٠/١٣٨، والبيهقي في المرتد: باب من قال: يستتاب ثلاث مرات فإن عاد قتل. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/٢٠٧. من طريقين: الأول عند عبدالرازق من طريق عثمان، عن سعيد بن أبي عروبة، عن أبي العلاء، عن أبي عثمان النهدي، عن علي موقوفا. والثاني عند ابن أبي شيبة والبيهقي من طريق حفص بن غياث، عن أشعث، عن الشعبي، عن علي موقوفا. وإسناد هذا الأثر صحيح.

(٧) أثر ابن عمر رواه ابن أبي شيبة في الحدود: في المرتد عن الإسلام ما عليه (٩٠٣٦) المصنف١٠/١٣٨، والبيهقي في المرتد: باب من قال: يستتاب ثلاث مرات فإن عاد قتل. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/٢٠٧. الجميع من طريق وكيع، عن سفيان، عن عبدالكريم، عمن سمع ابن عمر، عن ابن عمر موقوفا. هذا الأثر سنده ضعيف لجهالة من سمع ابن عمر.

موسىٰ الأشعري[١].

ولأنه مرتد لم يعرض عليه الإسلام، فلم يجب قتله، أصله: المرتدة.

ولأن الظاهر من حال المسلم إذا ارتد أن شبهة عرضت له، فارتد لأجلها، فلم يجز قتله من غير استتابة، لأنه ربما إذا استتيب وازيلت شبهته عاد إلىٰ الإسلام، فصار بمثابة من لم تبلغه الدعوة من الكفار، ولأنه لا يقتل إلا بعد أن يعرض عليه الإسلام[٢].

[**١٨٢٣/٣**] **مسألة:** يؤجل بعد الاستتابة [ثلاثاً][٣].[٤]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن طلب ذلك أجل ثلاثاً، وإن لم يطلب قتل في الحال[٥].

وخلافاً للشافقي في أحد القولين: يقتل به في الحال[٦].

لأنه إجماع الصحابة. روىٰ ذلك عن عمر[٧]، وابن عمر[٨]: يستتاب ثلاثاً.

---

(١) أثر أبي موسىٰ رواه البخاري في استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم (٦٩٢٣) ٤/ ٢٧٩.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٥، والمغني ١٢/ ٢٦٨.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال مالك، وأحد القولين للشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٣٦، والمقنع لابن البنا ٣/١١٠٨، والمغني ١٢/ ٢٦٦، وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣٠٤؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٠٤؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٢٦.

(٥) انظر تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٨-٣٠٩؛ وبدائع الصنائع ٧/ ١٣٤.

(٦) هذا هو الصحيح عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٩٦.

(٧) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٨) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

وعن علي[١] أنه استتابه شهراً، وأبوموسىٰ[٢] استتابه شهرين.

ولأن الغرض من التوبة زوال شبهة، لعله أن يكون عرضت له فيعود إلىٰ الإسلام، وذلك يقتضي أن يمهل مدتها[٣].

[١٨٢٤/٤] **مسألة:** لاتقبل توبة الزنديق[٤]، وهو الذي يستسر الكفر ويظهر الإسلام[٥].

خلافاً للشافعي، والثانية: تقبل[٦].

لأن من عادة الزنديق إظهار الإسلام واستبطان الكفر والدعاء إليه في السر، فلم تقبل (توبته)[٧]، / ويفارق المرتد إذا تاب، لأنا لا نعلم أنه يبطن الكفر، [٢٢٠ فنحمل أمره علىٰ الصحة ونقبل قوله[٨]، ويفارق هذا الذمي إذا بلغنا أنه يستبطن الإسلام[٩]، لأن الظاهر خلاف ما بلغنا عنه، لأن الإنسان في العادة لا يستبطن الإسلام في دار الإسلام التي يحصل له بها العز والقوة.

---

(١) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٢٦٨.

(٤) قال ابن قدامة: الزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر، كان يسمىٰ منافقاً، ويسمىٰ اليوم زنديقاً. انظر: المغني ١٢/ ٢٩٦.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، ومالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٠٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٣٦؛ والمغني ١٢/ ٢٦٩؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥١٩؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٢٩٦، وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٨/ ٦٣.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٩٦؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٣٢؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٠٥.

(٧) في المخطوط (قولهم) وما أثبته هو الصحيح.

(٨) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٦.

(٩) انظر: كشاف القناع ٦/ ١٨٠.

[١٨٢٢/٥] **مسألة:** إذا لحق المرتد بدار الحرب[(١)] لم يقسم ماله بين ورثته، ولم يعتق مدبروه وأمهات أولاده، وحفظ الإمام عليه ماله، فإن رجع مسلماً سلمه إليه، وإن مات، أو قتل مرتداً كان فيئاً[(٢)] [(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا حكم بلحاقه بدار الحرب قسم ماله بين ورثته، وعتق أمهات أولاده ومدبروه[(٤)].

لأنه مرتد يرجى عوده إلى الإسلام، فوجب أن لا يقسم ماله بين ورثته، أصله: إذا كان في دار الإسلام.

ولأنه حي، فوجب أن لا يجوز قسمة ماله بين ورثته، كسائر الأحياء.

[١٨٢٣/٦] **مسألة:** يسترق ولد المرتد الذي ولد في حال ردته، سواء كان مولوداً في دار الحرب، أو دار الإسلام[(٥)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان ولد في دار الإسلام لم يجز استرقاقه، وإن كان ولد في دار الكفر جاز استرقاقه[(٦)].

---

(١) يعني دار المحاربين من الكفار: ضد السلم. انظر: الدر النقي ٣/ ٧٤٤.

(٢) الفيء: كل مال أخذ من الكفار بغير قتال، الجزية، والخراج، فيصرف في مصالح الإسلام. انظر: المحرر ٢/ ١٨٨.

(٣) وهو الراجح عند المالكية، وأحد أقوال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٣٧؛ وكشاف القناع ٦/ ١٨٢-١٨٣؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٠٦؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/٣٠٥؛ وتكلمة المجموع ١٩/ ٢٣٥.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٦٠؛ وملتقى الأبحر ١/٣٧٥.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٧؛ والمغني ١٢/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٣٩-١٤٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/٤٦٣.

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز استرقاقه بحال[١].

لأنه كافر ولد بين كافرين، فجاز استرقاقه كسائر أولاد أهل الحرب، وكما لو ولد في دار الحرب، وإنما لم يجز استرقاق أبيه، لأنه على دين لا يقر عليه بجزية، وقد يختلف حكم الولد والوالد، بدليل: أن الحربي إذا أسلم لم يسترق، والولد الكتابي يسترق.

[١٨٢٧/٧] **مسألة:** المرتدة إذا لحقت بدار الحرب لم يجز استرقاقها. ذكره الخرقي فقال: إذا ارتد الزوجان فلحقا بدار الحرب لم يجز عليهما ولا على أحد من أولادهما ممن كانوا قبل الردة رق[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز[٣].

لأنه كفر بعد إيمان يمنع من الاسترقاق، دليله: الرجل، وإذا كانت المرتدة في دار الإسلام[٤].

[١٨٢٨/٨] **مسألة:** الردة لا تبطل الإحصان[٥] أسلم أو لم يسلم، فإذا ارتد المحصن، ثم رجع إلى الإسلام لم يبطل إحصان الرجم[٦].

---

(١) وبه قال مالك. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣١؛ وروضة الطالبين ٧/٢٩٨؛ والذخيرة ١٢/ ٤٣.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/١١١٠؛ والمغني ١٢/ ٢٨٢؛ والذخيرة ١٢/ ٤٢؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٢٨.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٩؛ وبدائع الصنائع ٧/ ١٣٦.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٧.

(٥) المحصن شرعاً: كل حر مكلف جامع في القبل بنكاح صحيح حرة مكلفة. انظر: المحرر ٢/ ١٥٢، والمبدع ٩/ ٦٢.

(٦) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٣٨؛ والمغني ١٢/ ٢٩٧؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٩.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يبطل الإحصان أسلم أو لم يسلم[١].

لأنه زنا بعد إحصان، فوجب أن يكون حده الرجم، أصله: إذا لم يرتد، ولا يلزم عليه إذا جن، فزنا في حال جنونه، لأن هذا ليس بزنا[٢]، ولأنه لا حد فيه، ونحن قلنا: فوجب أن يكون حده الرجم. وهذا يقتضي أن يكون فيه حد، ولا يلزم عليه إذا زنا في حال ردته، لأنه يجب عليه الرجم، لأنا نجعل الإسلام شرطاً[٣].

ولأنه إحصان ثبت في حال الإسلام قبل الردة، فوجب أن يكون ثابتاً في حال الردة قياساً على إحصان[٤] القذف.

[**١٨٢٩/٩**] **مسألة:** إذا وجب عليه حد، فارتد، ثم أسلم لم يسقط عنه[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في [قوله][٦]: إذا لحق بدار الحرب سقط عنه[٧].

لأنه حد واجب عليه، فلا يسقط بلحوقه [بدار الحرب][٨]، أصله: المسلم إذا وجب / عليه الحد فدخل دار الحرب[٩]. [٢٢١]

(١) وبه قال المالكية. انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦١؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٧/٤؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٣٠٧/٤.

(٢) زنا المجنون يعتبر زنا، لكن لايؤاخذ به، لعدم التكليف.

(٣) الإسلام ليس بشرط في الإحصان. انظر: المغني ١٢/ ٣١٧.

(٤) المحصن في القذف: هو الحر المسلم العاقل العفيف الذي يجامع مثله. انظر: المبدع ٩/ ٨٥.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ١١٣٨/٣؛ والمغني ١٢/ ٢٩٧.

(٦) ساقط من المخطوط. ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦١.

(٨) ساقط من المخطوط.

(٩) انظر: رؤوس المسائل ١١٣٨/٣.

[١٠/١٨٣٠] **مسألة:** تصح ردة السكران وإسلامه[١]. [٢]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تصح ردته، ويصح إسلامه[٣].

لأنه يصح إسلامه فصحت ردته، كالصاحي[٤].

ولأنه لفظ يقع به القذف فصح من السكران[٥]، كالطلاق[٦].

[١١/١٨٣١] **مسألة:** ملك المرتد لا يزول بالردة وإنما يزول بالموت أو القتل ويمنع من التصرف فيه[٧].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يزول ملكه عن ماله زوالاً مراعىٰ، فإن قتل علىٰ ردته حكمنا بزوال ملكه في آخر أجزاء إسلامه، وإن أسلم حكمنا أنه ملكه لم يزل[٨].

لأنه كفر بعد إيمان، فلا يوجب زوال ملكه، دليله: المرتدة.

ولأن الردة معنىً يبيح الدم، فوجب أن لا يزيل الملك عن المالك، دليله: الزنا بعد الإحصان[٩].

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/١١٣٨؛ والمغني ١٢/ ٢٩٦؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٢١.

(٢) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه إذا ارتد في حال لا يميز فلا عبرة به. انظر: الذخيرة ١٢/ ٢٩.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٥٩؛ وتحفة الفقهاء ٣/٣٠٩.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٨.

(٥) انظر: المغني ١٠/ ٣٤٦.

(٦) مسألة طلاق السكران سبق أن مر بنا الخلاف فيها في مسألة [٥٠/ ١٤٣٣].

(٧) هذا هو الراجح عند المالكية، وأحد أقوال الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٢٢-٥٢٣؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٠٦؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٣٥.

(٨) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣١٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٥٩.

(٩) الزنا بعد الإحصان يبيح الدم، ولا يبيح ملك الزاني قبل وبعد إباحة دمه.

ولأن الردة لا تمنع ابتداء الملك عند أبي حنيفة، لأن عنده أن ما يكسبه المرتد حال ردته يكون ملكاً له، وما كسبه حال اسلامه يكون لورثته. وكل معنىً لا يمنع ابتداء الملك على المال لا يمنع استدامة الملك، كسائر المعاني التي لا تزيل الملك، يبين صحة هذا: أن ما منع الاستدامة منع الابتداء، كالرق لما منع استدامة النكاح منع الابتداء، وكذلك الرضاع لما منع استدامة النكاح منع ابتداءه، وقد يمنع الإتداء ولا يمنع الاستدامة، كالعدة تمنع الإبتداء، ولا تمنع الاستدامة، وكذلك الاستيلاد يمنع ابتداء الملك، ولا يمنع استدامته، وكذلك (الردة) [1] تمنع ابتداء الملك، ولا تمنع استدامته على أصل أبي حنيفة، ثم ثبت أن الردة لا تمنع الابتداء مع موته، فأولى أن لا يمنع الاستدامة، وإنما منع من التصرف لتعلق حق الغير به، وهم جماعة المسلمين، لأن الغالب من حاله الموت، كالمريض فيما زاد على الثلث، كذلك المرتد، وإنما فارق المريض المرتد في قدر الثلث تخفيفاً عن المريض ليتصل ثوابه في حال حياته بحال وفاته، وتغليظاً على المرتد لينقطع ثوابه بعد موته.

[**١٨٣٢/١٢**] **مسألة:** تصح ردة الصبي إذا كان مميزاً[2].

خلافاً للشافعي [في قوله][3]: لا تصح ردته[4].

لأن كل من صحت منه الصلاة والصيام صحت ردته، كالبالغ، يبين صحة

---

(١) بالمخطوط (الده).

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٩؛ والمغني ١٢/ ٢٨١؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٠٦؛ والذخيرة ١٢/ ١٦١٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٠-٢٣١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٢٩٠.

هذا: أنه قد تصح الردة ممن لا تصح منه هذه العبادات، وهي الحائض، والنفساء.

[١٨٣٣/١٣] **مسألة:** إذا ارتد أهل بلد وجرىٰ حكمهم فيه، صار دار حرب في استغنام أموالهم وسبىٰ ذراريهم الذين حدثوا بعد الردة، نحو بلد القرمطي[(١)] [(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تصير حتىٰ تكون متاخمة لدار الحرب، ولا يبقىٰ فيها مسلم ولا ذمي[(٣)] [(٤)].

لأنها دار يجري فيها أحكام دار الحرب، فكانت دار حرب، دليله: أهل الحرب الأصلي، وكما لو كانت متاخمة لدار الحرب، يبين صحة هذا: أن دار الحرب لا فرق بين أن تكون متاخمة لدار الحرب، أو لدار الإسلام إذا كانت تجري فيها أحكامهم[(٥)].

[١٨٣٤/١٤] **مسألة:** إذا تحيز المرتدون بدار، ثم أسلموا / وقد أتلفوا أنفساً [٢٢٢]

---

(١) هو رأس «القرامطة» من الفرق الباطنية. وإليه نسبتهم. اختلف في اسمه وأصله. قيل: اسمه «حمدان» أو «الفرج ابن عثمان» أو «الفرج بن يحيىٰ» وقرمط لقبه. أصله من خوزستان، وعرف في سواد الكوفة سنة ٢٥٨هـ فكان يظهر الزهد والتقشف، واستمال إليه بعض الناس، فأراهم كتاباً فيه كثير من كلمات الكفر والتحليل والتحريم، وكثر أتباعه في القطيف والبحرين، وقد قبض عليه عامل «الرحبة» سنة ٢٩٣هـ وقتله المكتفي بالله العباسي. انظر: الأعلام للزركلي ٥/ ١٩٤.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٩٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٠/ ١١٤.

(٤) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه إذا ارتد أهل مدينة وغَلَبوا عليها استتيبوا، فإن لم يتوبوا قتلوا، ولا يسبوا ولا يسترقوا. انظر: الذخيرة ١٢/ ٤٢.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٩.

وأموالاً أخذوا بذلك[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يطالبون بشيء من ذلك[٢].

لأنه كفر بعد إيمان فلا يسقط الضمان في الأنفس والأموال[٣]، دليله: إذا كان في دار الإسلام، ولا يمكن لقولهم: إن الإتلاف حصل في مكان يمكن المطالبة وهذا لا يوجد في دار الحرب. لأن مسلماً في صف المشركين لو رمىٰ مسلماً في صف المسلمين وقتله ضمنه، وإن لم يكن مقدوراً عليه، وكذلك لو كان في دار الإسلام فقتل أو أتلف مالاً، ثم لحق بدار الحرب فإنه يضمن[٤].

[١٨٣٥/١٥] **مسألة**: إذا انتقل الذمي من دين إلىٰ دين من أديان الكفر لم يقر عليه، سواء كان مثل دينه، كاليهودي ينتقل إلىٰ النصرانية، أو كان أكمل من دينه، كالمجوسي ينتقل إلىٰ دين أهل الكتاب، أو كان أنقص من دينه، كالكتابي ينتقل إلىٰ دين عبدة الأوثان[٥].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد القولين للشافعي: يقر علىٰ دينه[٦].

لأنه انتقل إلىٰ دين باطل قد أقر ببطلانه، فلم يقر عليه، كالمسلم إذا ارتد [٧]،

---

(١) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٣٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦١؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣١٤-٣١٥.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٩.

(٤) انظر: المبدع ٩/ ١٨٥.

(٥) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٣٩؛ وكتاب التمام ٢/ ٢٠٢.

(٦) وبه قال المالكية. انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٠٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٠٨. ولم أقف علىٰ قول الشافعي في هذه المسألة.

(٧) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٠٢.

ولا يلزم عليه: إذا انتقل إلى دين الإسلام، لأنه دين حق، ولا يلزم عليه إذا رجع إلى دينه، لأنه لم يقر ببطلانه.

كتاب الحدود[(١)]

[١٨٣٦/١] **مسألة:** يجتمع الحد والرجم على المحصن[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي [في قولهم][(٣)]: يرجم ولا يجلد[(٤)].

لما روى عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خـذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[(٥)].

وروى أبي بن كعب قال: قال رسول الله ﷺ: «البكران يجلدان وينفيان، والثيبان يجلدان ويرجمان»[(٦)]. وحكم هذا الخبر باق لم ينسخ، بدليل: ما روى

---

(١) الحدود: جمع حد، وهو في الأصل: المنع، والفصل بين شيئين. وحدود الله تعالى: محارمه، وحدود الله أيضاً: ما حده وقدره. انظر: المطلع ص ٣٧٠؛ والدر النقي ٣/ ٧٤٥.

وشرعاً: عقوبة مقدرة شرعاً في معصية لتمنع الوقوع في مثلها. انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ٣٠٠.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٣؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٤٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٥؛ والمغني ١٢/ ٣١٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وهو رواية ثانية للإمام أحمد اختارها ابن حامد. انظر: كتاب الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٥؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٣؛ والمغني ١٢/ ٣١٣.

(٥) رواه مسلم في الحدود: باب حد الزنى (١٦٩٠) (١٢) ٣/ ١٣١٦.

(٦) رواه ابن أبي شيبة في الحدود: في البكر والثيب، ما يصنع بهما إذا فجرا؟ (٨٨٣٦) و(٨٨٣٧) من طريقين الأول: من طريق شريك بن عبدالله، عن فراس، عن عامر، عن مسروق، عن أبي موقوفاً. والثاني: من طريق حفص ابن غياث، عن إسماعيل؛ عن الشعبي، عن أبي موقوفاً. مصنف بن أبي شيبة ١٠/ ٨١.

الشعبي أن علياً جلد شراحة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال: جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ»[١]. فلولا أن حكمه باق ما عمل به.

ولأن حد الزنا للنفي فيه مدخل، كما له مدخل في حد قطاع الطريق، ثم ثبت أن القتل الواجب في حد قطاع الطريق زيد فيه تغليظاً على القتل الواجب في غير المحاربة وهو: الصلب (بعد)[٢] القتل، كذلك يجب أن يزاد في القتل في الزنا تغليظاً على غيره، وليس إلا الجلد[٣].

ولا معنى لقولهم: إن فيه تغليظاً وهو الرجم بالحجارة، لأن هذه الزيادة صفة في القتل، ونحن عللنا لايجاب زيادة مضمومة إلى القتل.

[**١٨٣٧/٢**] **مسألة:** إذا زنى البكر جُلِدَ مائةً وغُرِّبَ عاماً[٤].

---

(١) رواه البخاري مختصراً ولم يذكر الجلد وذلك في الحدود: باب رجم المحصن، (٦٨١٢) ٤/ ٢٥٣؛ ورواه ابن أبي شيبة في الحدود: في البكر والثيب، ما يصنع بهما إذا فجرا؟ (٨٨٤٣) المصنف ١٠/ ٨٢، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها، (١٣٨)، و (١٣٩). سنن الدارقطني ٣/ ١٢٤، والبيهقي في الحدود: باب من اعتبر حضور الإمام والشهود وبداية الإمام بالرجم. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٢٢٠. من طريقين الأول عند ابن أبي شيبة من طريق حفص بن غياث، عن الأعمش، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه، عن علي موقوفاً. والطريق الثاني عند الدارقطني والبيهقي من طريق محمد بن إسحاق الصٌاني، نا أبو الجواب، نا عمار بن رزيق، عن أبي حصين، عن الشعبي، عن علي موقوفاً. وهذا الأثر إسناده صحيح.

(٢) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله وهي ما أثبت.

(٣) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٥.

(٤) وبه قال الشافعي. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٦؛ والمغني ١٢/ ٣٢٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٦-٣٠٧؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ١٤.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يُجْلَدُ ولا يُغَرَّبُ، إلا أن يرىٰ الإمام ذلك[١].

وخلافاً لمالك في قوله: يغرب الرجل، ولا تغرب المرأة[٢].

لما روىٰ عبادة بن الصامت / عن النبي ﷺ قال: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد ما ئة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[٣]. [٢٢٣]

وروي أبوهريرة وزيد بن خالد الجهني أن رجلين اختصما إلىٰ رسول الله ﷺ فقال أحدهما: يارسول الله اقض بيننا بكتاب الله وائذَنْ [لي][٤] أن أتكلم قال: «تكلم». قال: إن ابني كان عسيفاً علىٰ هذا ـ والعسيف الأجير ـ فزنىٰ بامرأته، فأخبروني أن علىٰ ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة وبجارية. فقال النبي: «والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، أما غنمك وجاريتك فرد إليك. وجلد ابنه مائه وغربه عاماً، وأمر أنيسا أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت فارجمها، فاعترفت فرجمها»[٥].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٨١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٦.

(٢) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٢٢٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٥٩ـ٣٦٠.

(٣) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) رواه البخاري في الحدود: باب الاعتراف بالزنا (٦٨٢٧)، (٦٨٢٨)، وفي باب من أمر غير الإمام بإقامة الحد غائباً عنه (٦٨٣٥)، (٦٨٣٦)، وفي باب إذا رمىٰ امرأته أو امرأة غيره بالزنا عند الحاكم والناس هل علىٰ الحاكم أن يبعث إليها فيسألها عما رميت به (٦٨٤٢)، (٦٨٤٣)، وفي باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائباً عنه؟ (٦٨٥٩)، (٦٨٦٠) صحيح البخاري ٤/ ٢٥٦، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٤، ومسلم في الحدود: باب من اعترف علىٰ نفسه بالزنىٰ (١٦٩٧)، (١٦٩٨) (٢٥). صحيح مسلم ٣/ ١٣٢٤.

ولأنها عقوبة للزاني تتقدر بالشرع، فكانت واجبة حداً، كالجلد، وذلك أن أبا حنيفة قد قال: للحاكم أن ينفي ويحبس بعد إقامة الحد عليه، ويكون ذلك على طريق التعزير[١].

والدلالة على أن المرأة تنفى: أن كل من لزمه الحد التام لأجل الزنا لزمه النفي، أصله: الرجل، ولايلزم عليه المحصن، لقولنا «بكر»، ولايلزم عليه العبد والأمة، لقولنا « الجلد التام».

[١٨٣٨/٣] **مسألة:** لا يغرب العبد والأمة إذا زنيا[٢].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: ينفى[٣].

لأن التغريب إنما يراد ليدخل المعرة[٤] على الزاني، ولا معرة على المماليك في ذلك[٥].

ولأن التغريب إنما وجب على الأحرار للاستيحاش بمفارقة الأهل والإخوان، والانقطاع عن المسكن والبلد. وهذا غير موجود في الإماء، لأن السيد يملك تغريبهم والمسافرة بهم في أي وقت شاء فلا معنى لتغريبهم.

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدئ ٢/ ٣٨٦.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٧؛ والمغني ١٢/ ٣٣٣؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٢٢؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٢١-٣٢٢.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٧.

(٤) العرير: الغريب في القوم، وعره: اساءه. انظر: القاموس المحيط، مادة «عرر».

(٥) ما ذكره المؤلف فيه نظر، لأن التغريب يراد لدفع المعرة لا لإدخالها.

[**١٨٣٩/٤**] **مسألة:** الإحصان الموجب للرجم أن يكونا حرين، عاقلين، بالغين، تزوجها نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما كذلك[١]، فإن وجدت شروط الإحصان في أحدهما ولم توجد في الآخر لم يثبت الإحصان لمن وجدت فيه، كالحر يطأ الأمة بزوجية، والعاقل يطأ الزوجة المجنونة، والبالغ يطأ الصبية[٢].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: يثبت الإحصان لمن وجدت فيه الشرائط وإن لم توجد في الآخر[٣].

لأنه وطء في الطرفين، فلم يحصن في أحدهما، أصله: الوطء بملك اليمين، وعكسه إذا كانا كاملين، يؤكد هذا: أن وطأه أمة أقوىٰ من وطئه لزوجة أبيه، ألا ترىٰ أن الوطء بملك اليمين ينال في الأحوال القادر علىٰ الحرة وغيرها، والوطء للأمة بنكاح يحتاج إلىٰ شرائط عدم الطول وخوف العنت[٤]، ولا يسترق ولده في ذلك[٥]، فلما ثبت أنه لا يحصن بملك اليمين مع قوته فلئن لا يحصن بنكاح أولىٰ.

[**١٨٤٠/٥**] **مسألة:** الإسلام ليس بشرط في الإحصان[٦].

---

(١) انظر: المحرر ٢/ ١٥٢، والمبدع ٩/ ٦٢.

(٢) وبه قال أبوحنيفة. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤١؛ والمغني ١٢/ ٣١٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٥.

(٣) أي لايشرط الكمال بينهما عند الشافعية والمالكية. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢// ٣٥٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٦؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٩.

(٤) انظر: المغني ٩/ ٥٥٥.

(٥) إذا نكح الحر أمة فولدت له صار ولده رقيقا. انظر: المغني ٩/ ٥٥٦.

(٦) وبه قال الشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٤-٣٢٥؛ ورؤوس المسائل ٣/ ١١٤١-١١٤٢؛ والمغني ١٢/ ٣١٨؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٩.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو شرط، فلا يرجم الكافران عنده[١].

وحكىٰ ابن / نصر عن مالك: لا يقام علىٰ ذمي حد الزنا[٢]. [٢٢٤]

لما روىٰ البراء بن عازب أن النبي ﷺ رجم يهودياً، وقال: «اللهم إني أشهدك أني أول من قد أحيا (أمرك إذ أماتوه)[٣]»[٤].

ولأنه من أهل الجلد الكامل إذا كان بكراً، فوجب أن يكون من أهل الرجم، كالمسلم، وفيه احتراز من العبد، لأنه ليس من أهل الجلد الكامل، لأن جلده خمسون[٥].

ولأنه أحد (طرفي)[٦] الزنا، فجاز وجوبه علىٰ الكافر، كالجلد، وفيما ذكرنا من الخبر دلالة علىٰ مالك.

ولأنهم أهل ملة، فوجب عليهم حد الزنا، كالمسلمين[٧]. ولأنه قتل بأمر سابق فلزم الذمي، كالقتل قصاصاً[٨].

[١٨٤١/٦] **مسألة:** إذا مكنت العاقلة من نفسها مجنوناً، فوطئها وجب عليها

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٨٩.

(٢) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٢٢١؛ والكافي في فقه أهل المدنية المالكي ٢/ ٦٢-٣٦٣.

(٣) في المخطوط (قد أماتوها).

(٤) رواه مسلم في الحدود: باب رجم اليهود، أهل الذمة في الزنىٰ (١٧٠٠)(٢٨) ٣/ ١٣٢٧.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٣١.

(٦) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبتت.

(٧) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٥.

(٨) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٥.

الحد[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا حد عليها[٢].

لأن ما وجب عليها بتمكين العاقل المكلف من وطئها، وجب عليها بتمكين المجنون، أصله: إذا مكنت المجنون من وطئها في صوم رمضان، فإنه يجب عليها بذلك ما يجب عليها إذا مكنت العاقل المكلف، وكل واطئين إذا كانا مكلفين وجب الحد على كل واحد منهما، فإذا كان أحدهما مكلفاً وجب الحد على المكلف منهما، أصله: إذا كان الرجل مكلفاً والمرأة مجنونة.

ولامعنى لقولهم: إن صحته تتعلق به، بدلالة: أنه يصح وجوده منه، وإن لم يكن منها فعل، مثاله: إن [زنى بها و][٣] هي نائمة، أو مكرهة، وها هنا لم يوجد منها فعل صحيح، ألا ترى: أنه لا يستحق الدم ولا يجب الحد، فسقط الحد عنها، كما لو مكنت صبياً، وذلك أن قوله: إن صحة الفعل تتعلق بفعله، لا يصح، لأن الرجل (قد لايكون له)[٤] فعل، ويحصل الوطء بفعلها، وهو إذا كان الرجل نائماً وعضوه منتصباً، فاستدخلته، فإنها زانية، ويجب عليها الحد وإن لم يكن من جهته فعل.

وقوله: «لم يوجد منه فعل» غير صحيح، لأن فعل المجنون زنا، ولهذا لا يلحق النسب به، وإنما سقط عنه الحد لعدم القصد، وماذكروه من استدخال ذكر الصبي فلا نسلمه.

---

(١) وبه قال مالك، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٦٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٣؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ١٩.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٨٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩١.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) في المخطوط (مدلالة).

[١٨٤٢/٧] **مسألة:** إذا وجد امرأة على فراشه، أو في منزله، فوطئها يظن أنها زوجته أو جاريته، فبان أنها أجنبية فلا حد عليه، وكذلك لو كان أعمى، فوجد على فراشه امرأة ونادى زوجته فأجابته غيرها، فوطئها يظنها زوجته، ثم بان أنها أجنبية فلا حد عليه(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليه الحد في جميع ذلك ( )(٢)، على أنه لو دقت إليه امرأة يظنها زوجته، فوطئها وبان أنها أجنبية فلا حد عليه(٣).

لأنه وطئها وهو يعتقد أن وطأها حلال له، فلا يجب عليه الحد، أصله: إذا دقت إليه امرأة غير زوجته، فوطئها وبان أنها أجنبية، فلا حد عليه(٤)، يبين صحة هذا: أن الخبر إمارة يغلب / على ظنه منها أنها زوجته أو جاريته فهما سواء لوجود [٢٢٥] الإمارة في الموضعين.

[١٨٤٣/٨] **مسألة:** إذا ثبت الرجم بشهادة لم يجب على الشهود حضور الرجم والبداية به، وكذلك إن ثبت بإقرار لم يجب على الإمام حضور الرجم والبداءة به(٥).

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٢؛ والمغني ١٢/ ٣٤٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٥٩؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٣؛ وتكملة المجموع ٢/ ١٩.

(٢) في المخطوط (قصاص) ويظهر لي أنها زائدة.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٩.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٣٤٤، والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٩.

(٥) وبه قال المالكية والشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٢؛ والمغني ١٢/ ٣١٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٢٠؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٣٤.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا ثبت الرجم بشهادة بدأ الشهود، ثم الإمام، ثم الناس، وإذا ثبت بإقراره بدأ الإمام، ثم الناس، فإن امتنع الشهود سقط الحد، وإن ابتدؤوا رجم الناس[(١)].

لأنه حد يجب استيفاؤه، ولا يجب على الإمام والشهود حضوره والبداءة به، قياساً على حد الزنا[(٢)] والحدود، وحد الشرب، والقطع في السرقة.

[١٨٤٤/٩] **مسألة:** لا يجب حد الزنا إلا بإقرار أربع مرات سواء كان ذلك في مجلس أو مجالس[(٣)].

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: إذا أقر مرة واحدة حد[(٤)].

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحد إلا بإقرار أربع مرات لكن في أربع مجالس المقر، ولا يعتبر مجالس الحاكم، فلو أقر عن يمينِ الحاكم وعن يسارِه وأمامِه وورائِهِ كانت أربع مجالس[(٥)].

لما روى ابن عباس قال: أتى ماعز إلى النبي ﷺ فاعترف بالزنا مرتين، فطرده، ثم جاءه، فاعترف بالزنا مرتين. فقال رسول الله ﷺ: «شهدت على نفسك أربع مرات

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٣.

(٢) هكذا بالمخطوط ولا يصح قياسه إذ كيف يقيس حد الزنا على حد الزنا، ولعل صحة العبارة: قياساً على سائر الحدود، ومنها حد الشرب، والقطع في السرقة.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٩-١١٢٠؛ والمغني ١٢/ ٣٥٤.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٨؛ والأم ٦/ ١٤٤؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢٨٨.

(٥) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٨٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٢.

اذهبوا به فارجموه»[١]، وفي لفظ آخر: إن ماعزاً أتى النبـي ﷺ فقال: إني زنيت، فأقم عليّ كتاب الله، فأعرض عنه حتى قالها أربع مرات [فقال رسول اللّه ﷺ: « إنك قد قلتها أربع مرات][٢] فبمن ؟» قال: بفلانة، فقال: «هل ضاجعتها؟» قال: نعم»[٣].

فجعل العلة (إقراره)[٤] أن فعله، وشهادته على نفسه أربعاً.

ولا معنى لقولهم: إنما رده لأنه لم يكن قد صرح بالزنا، ولأنه قد كرر خمساً وليست بشرط، (روى)[٥] أبوداود أنه شهد على نفسه أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فأقبل في الخامسة فقال: «أنكتها»[٦]. وهذا يدل على أنه لم يصرح فيما قبل. وذلك أنه روي أنه قال في أول مرة، وثبت، وهذا صريح، ولهذا لو قال لغيره وثبت، وجب عليه الحد.

فأما قوله: «فأقبل في الخامسة»، فهذه الخامسة ثم زيادة من ماعز لا يتعلق الحكم بها، وليس كذلك في الرابعة، لأن في الخبر ما دل على تعلق الحكم بها من وجهين، أحدهما: قول النبي - ﷺ - «الآن أقررت أربعاً فبم ؟» وفي لفظ آخر «شهدت على نفسك».

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الحديث.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في المخطوط (اقراه).

(٥) في المخطوط (رواه).

(٦) رواه أبوداود في الحدود: باب رجم ماعز بن مالك (٤٤٢٨) ٤/١٤٦، وابن الجارود في المنتقى (٨١٤) ص ٢٠٦، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (٢٣٩) ٣/١٩٦-١٩٧، والبيهقي في الحدود: باب من قال لا يقام عليه الحد حتى يعترف أربع مرات. السنن الكبرى للبيهقي ٨/٢٢٧، الجميع من طريق أبي الزبير، عن عبدالرحمن بن الصامت ابن عم أبي هريرة أنه سمع أبا هريرة. فذكر الحديث. وهذا الحديث سنده به ضعف لجهالة عبدالرحمن بن الصامت. انظر: إرواء الغليل ٨/٢٤.

ولأن رواية الخامسة مجمع على اطِّراحها، ومتفق على أن الحد لا يتعلق بها؛ ورواية الرابعة مجتهد فيها مختلف في تعلق الحكم بها، فكانت أولى مما اتفق على اطِّراحه وإسقاطه.

ولأنه قول ثبت به حد الزنا، فوجب أن يعتبر فيه العدد، دليله: الشهادة.

ولامعنى لقولهم: إنا نغلبه، فنقول: حكم يعتبر فيه العدد من واحد. لأن العدد إذا تعدد / تكراره من الأشخاص تكرر في شخص واحد، كالأيمان في القسامة، ثم يتبعض[٢٢٦] لعان الزوج، فإنه قول ثبت به حد الزنا، ثم نعتبر فيه العدد من واحد وهو الزوج، لأن لعانه يوجب الحد عليهما عندهم.

ولامعنى لقولهم: إن الشهود تلحقهم التهمة فلهذا اعتبر العدد، والإقرار لا يحلقه فيه تهمة، فلم يعتبر فيه العدد. لأنه لا يتهم على نفسه، ومع هذا يلقنه القاضي الرجوع، كذلك لا يتهم على نفسه ويعتبر تكرار الإقرار لجواز أن يفكر في أمره.

ولامعنى لقولهم: إن العدد معتبر في سائر الحقوق من الديون والعقود، ولا يعتبر في إقرارها عدد. لأن سائر الحقوق مع اختلاف طريق ثبوتها لا يعتبر فيها أربع، وحد الزنا يعتبر فيه أربع، ولأن دعوى الزنا لما اتفقت بأيمان مكررة، وهو إذا قذف زوجته بالزنا كان لها نفي دعواه باللعان، جاز أن يقف ثبوته [على][١] إقرار مكرر، ألا ترى أن سائر الدعاوى لما انتفت بيمين المدعى عليه مرة واحدة ثبت بإقراره مرة واحدة[٢]، ولايلزم على هذا اليمين في القسامة[٣] لأ[ن][٤] موضوع

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: المغني ٧/ ٢٧٨.

(٣) اليمين في القسامة مكررة خمسين، وهذا خاص بها ولايقاس عليها غيرها.

(٤) ساقط من المخطوط.

تلك الدعاوي.على جماعة يلزم كل واحد منهم يمين واحدة، وإنما تتكرر اليمين عند نقصان العدد، ألا ترىٰ أن مع وجود عدد المستحقين لا تتكرر، ولأن تلك الدعوىٰ قد تسقط بيمين واحدة في غير القسامة.

والدلالة علىٰ صحة التكرار في مجلس واحد: أنه قد وجد عدد الإقرار من مكلف، أشبه إذا تفرق في مجالس، ولأن الإقرار سبب يثبت به حد الزنا، فلا يعتبر فيه المجالس، كالشهادة لا تتفرق في حال المجالس، كذلك الإقرار.

[١٠/١٨٤٥] **مسألة:** إذا أقر بالزنا بامرأة بعينها، وجحدت حد الزنا، حد الرجل[1].

خلافاً لأبي حنيفة في [قوله][2]: لا يحد[3].

لما روىٰ أبوالحسين بإسناده عن سهل بن سعد أن رجلاً أتىٰ النبي ﷺ فقال: يارسول الله إنه زنا بفلانة امرأة سماها، فبعث النبي ﷺ إلىٰ المرأة فسألها، فأنكرت، فرجمه النبي ﷺ وتركها»[4]. وهذا نص.

ولأن سقوط الحد عنها لمعنىٰ يخصها لا يوجب سقوطه عنه، أصله: إذا

(١) وبه قال النووي من الشافعية. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٣؛ والمغني ١٢/ ٣٥٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٣-٣١٤.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦٧؛ والفتاوىٰ الهندية ٢/ ١٤٣.

(٤) رواه أبوداود في الحدود: باب إذا أقر الرجل بالزنا ولم تقر المرأة (٤٤٦٦) من طريق عثمان بن أبي شيبة، ثنا طلق بن غنام، ثنا عبدالسلام بن حفص، ثنا أبوحازم، عن سهل بن سعد، عن النبي ﷺ. سنن أبي داود ٤/ ١٥٨. وهذا الإسناد صحيح فجميع رواته ثقات.

أكرهها على الوطء وجب عليه دونها[١]، وإذا زنى عاقل بمجنونة[٢]، أو صبية صغيرة يمكن جماعها[٣]، وإذا زنى بحربية مستأمنة[٤].

ولأنه لو كان جحودها يوجب إسقاط الحد عنه، لوجب إذا كانت المرأة غائبة أن يتوقف عن إقامة الحد (عليه)[٥] حتى يقذف، فنعرف جحودها من اعترافها، فلما لم يتوقف دل على أن جحودها لا يسقط الحد عنه.

ولا معنى لقولهم: إن هذا فعل واحد، فإذا صدقناها في جنبها صار شبهة. لأن الفعل الواحد إذا جاز أن يكون زنا في جنبته دونها، وهو إذا أكرهها، / أو كانت [٢٢٧] مجنونة جاز أن يكون محكوماً بعدمه في جنبتها (وبوجوده)[٦] في جنبته.

[١٨٤٦/١١] **مسألة:** إذا أقر بالزنا، ثم رجع عن إقراره سقط عنه الحد[٧].

خلافاً لداود [في قوله][٨]: لا يسقط عنه الحد[٩].

لما روى في حديث ماعز لما مسته الحجارة قال: ردوني إلى رسول الله فإن

(١) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٤.

(٢) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٤.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٤.

(٤) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٤.

(٥) في المخطوط (عليها) وما أثبت هو الصحيح.

(٦) في المخطوط (بوجوه) وما أثبت هو الصحيح.

(٧) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٢١؛ والمغني ١٢/ ٣٦١؛ وبدائع الصنائع ٧/ ٦١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٣٩؛ وتكملة المجموع ٢٠/ ٢٩٩.

(٨) ساقط من المخطوط.

(٩) لم أقف على قول داود.

قومي غروني. فقال النبي ﷺ: «هلا تركتموه»[(١)]. فدل على أن له الرجوع بقوله ﷺ: «هلا تركتموه».

ولأن الزنا سبب يجب به الحد، فإذا ثبت بالاعتراف وجب أن يسقط بالرجوع، أصله: القتل لأجل الردة[(٢)].

[١٨٤٧/١٢] **مسألة:** إذا شهد عليه أربعة بالزنا، فصدقهم وجب عليه الحد[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][(٤)]: لا يجب الحد إذا صدقهم ويجب إذا كذبهم[(٥)].

لأن تصديقه إياهم معاضدة لقولهم، وتكذيبه معارضة، فإذا لم يسقط الحد عند المعارضة فبأن لا يسقط عند المعاضدة أولى.

ولا معنى لقولهم: إن الشهادة يسقط حكمها مع الإقرار، بدليل: أنه لو شهد شاهدان بمال وصدقهما المشهود عليه ثم رجع الشهود عن الشهادة لم يتعلق بها

(١) رواه الإمام أحمد في مسند الأنصار، حديث هزال (٢١٩٥١). مسند الإمام أحمد ٧/ ٢٠٨، وأبوداود في الحدود: باب رجم ماعز بن مالك (٤٤٢٠) ٤/ ١٤٤، والترمذي في الحدود: باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع، (١٤٢٨) ٤/ ٣٦. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن» وأصل هذا الحديث في الصحيحين، وقد مر ذكره وتخريجه في مسألة [١٨٤٨/ ١٩].

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٢٠.

(٣) انظر: رؤوس المسائل ٣/ ١١٤٤؛ والمغني ١٢/ ٣٧٢.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٢/ ١٤٤.

ضمان، ولو كذبهما ثم رجعوا تعلق الضمان، وإذا سقطت شهادتهم بالزنا لم يجب الحد إلا أن يقر أربعاً، لأنه لم يسقط الضمان عن الشهود، لأن شهادتهم سقطت لكن لأجل أن المشهود عليه لايدعي عليهم أن سبب الإتلاف من جهتهم.

[**١٨٤٨/١٣**] **مسألة:** الذي يعمل عمل قوم لوط يحد(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعزر ولا يحد(٢).

لما روىٰ ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»(٣).

وروىٰ أبوهريرة عن النبي ﷺ في الذي يعمل عمل قوم لوط «ارجموا الأعلىٰ والأسفل، ارجموهما جميعاً»(٤).

ولأنه فرج له حرمة، أو فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل، فوجب أن يتعلق

---

(١) وبه قال المالكية، وهو أظهر القولين عند الشافعية والقول الآخر عند الشافعية أنه يقتل بكل حال. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٨؛ والمغني ١٢/ ٣٤٩؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣١٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٩.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٤٨٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٩-٣٩٠.

(٣) رواه أبوداود في الحدود: باب فيمن عمل عمل قوم لوط (٤٤٦٢) ٤/ ١٥٧، والترمذي في الحدود: باب ما جاء في حد اللوطي (١٤٥٦) ٤/٥٧، وابن ماجة في الحدود: باب من عمل عمل قوم لوط (٢٥٦١) ٢/ ٨٥٦، وابن الجارود في المنتقىٰ (٨٢٠) ص ٢٠٨، وابن الأعرابي في معجمه (٤٠) ١/ ١٤٨، والحاكم في الحدود (٨٠٤٧/ ٢٤). المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ٣٩٥؛ وحكم عليه الحاكم بالصحة، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٤٠) ٣/ ١٢٤. صحح الألباني هذا الحديث. انظر: صحيح سنن ابن ماجة ٨/ ١٧.

(٤) رواه ابن ماجة في الحدود: باب من عمل عمل قوم لوط (٢٥٦٢) ٢/ ٨٥٦. والحاكم في الحدود، (٨٠٤٨/ ٢٥). المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ٣٩٥. قال ابن حجر في التلخيص ٤/ ٥٥: «جديث أبي هريرة لا يصح». وقد حسن الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٢/ ٨٣.

بالإيلاج فيه الحد، أصله: قبل المرأة.

[١٨٤٩/١٤] **مسألة:** وحد اللوطي الرجم بكراً كان أو ثيباً[١].

خلافاً للشافعي [في قوله][٢]: حكمه حكم الزاني، إن كان بكراً جلد، وإن كان ثيباً رجم[٣].

لما تقدم من الخبر[٤].

ولأنه قتل يجب بسببٍ لا يستباح بحال، فاستوىٰ فيه البكر والثيب، كالقتل بالردة، والمحاربة، ولايلزم عليه الزنا، لأن ذلك الفعل يستباح بعقد، ولايلزم عليه إذا وطء أجنبية في دبرها، لأنه يجب عليه الرجم بكل حال كما يجب إذا فعله في الغلام.

ولأن الحدود في الأصول تتفاضل بتفاضل الجرم، ولهذا لو قبل أجنبية عزر، ولو وطئها فيما دون الفرج كان التعرير أكثر، ولو زنىٰ وهو بكر جلد، ولو زنىٰ وهو ثيب رجم، وهذا لا يستباح بحال، فوجب أن تكون العقوبة فيه أغلظ، ولهذه العلة قال أصحابنا: وطء ذوات المحارم يوجب القتل بكل حال لأنه [لا][٥] يستباح في حق

---

(١) المذهب عند الحنابلة أن حد اللوطي كحد الزاني سواء، وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٦، والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٨، والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٥٦-٤٥٧؛ والمغني ١٢/ ٣٤٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤١، وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٩-٣١٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٦؛ والمغني ١٢/ ٣٤٩.

(٤) الذي رواه أبو هريرة وذكر في المسألة السابقة [١٨٥٢/ ١٣].

(٥) ساقط من المخطوط.

الواطئ بحال[١].

[٢٢٨]

[١٥/١٨٥٠] مسألة:/ من أتىٰ بهيمة فعليه الحد[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحد القولين للشافعي، والثانية: لا حد عليه ويعزر[٣].

لما روىٰ ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به، ومن وجدتموه علىٰ بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة». قالوا: يارسول الله وما بال البهيمة؟ قال: «لا يقال هذه هذه»[٤].

ولأنه فرج حيوان، فتعلق الحد بالإيلاج فيه، دليله فرج الآدمية[٥]، ولا يلزم عليه فرج السمكة، لأنه [لا][٦] يجب الحد بالإيلاج فيه.

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٤٢.

(٢) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٧؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١١٩؛ والمغني ١٢/ ٣٥٢.

(٣) المذهب عند الحنابلة في هذه المسألة أنه يعزر ولا حد عليه، انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٠؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣١٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٧؛ والمغني ١٢/ ٣٥١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٥٧.

(٤) رواه أبوداود في الحدود: باب فيمن أتىٰ بهيمة، (٤٤٦٤) ٤/ ١٥٧، والترمذي في الحدود: باب ما جاء فيمن يقع علىٰ البهيمة، (١٤٥٥) ٤/ ٥٦، وابن ماجة في الحدود: باب من أتىٰ ذات محرم، ومن أتىٰ بهيمة، (٢٥٦٤) ٢/ ٨٥٦، والحاكم في الحدود (٨٠٤٩/ ٢٦) المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ٣٩٥-٣٩٦، وابن الأعرابي في معجمه، (٤٠) ١/ ١٤٨، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها، (١٤٣) ٣/ ١٢٦، والبيهقي في الحدود: باب من أتىٰ بهيمة. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٢٣٣. قال ابن عبدالهادي في كتابه المحرر في الحديث ٢/ ٦٢٤: «إسناده صحيح».

(٥) رد ابن قدامة هذا القياس فقال: «ولا يمكن قياسه علىٰ الوطء في فرج الأدمي؛ لأنه لا حرمة لها، وليس بمقصود يحتاج في الزجر عنه إلىٰ الحد، فإن النفوس تعافه». انظر: المغني ١٢/ ٣٥٢.

(٦) زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام.

ولا معنىً لقولهم: إن ذاك مقصود وهذا غير مقصود[١]. لأن علة الأصل تبطل بالموضع المكروه[٢] ولاحد فيه عند أبي حنيفة[٣]. وعلة الفرع لا تصح، لأن من يفعل هذا فإنما يفعله لأنه يشتهيه، وتدعوه نفسه إليه.

[١٨٥١/١٦] **مسألة:** وصفة الحد الرجم بكل حال بكراً كان أو ثيباً[٤].

خلافاً للشافعي، والثانية: حكمه حكم الزاني[٥].

لما تقدم من قول النبي ﷺ: «اقتلوه» ولم يفرق.

ولأنه لا يستباح بحال، أشبه اللواط، وقد مضىٰ الكلام فيه.

[١٨٥٢/١٧] **مسألة:** وتقتل البهيمة سواء كانت له أو لغيره، إلا أنها إن كانت لغيره غرم قيمتها سواء كانت مما يوكل لحمها أو لا يؤكل[٦].

خلافاً للطحاوي في قوله: إن كانت له ذبحت[٧].

ولمالك في قوله: لا تقتل بحال[٨].

---

(١) المقصود فرج الآدمي، وغير المقصود فرج البهيمة.

(٢) الموضع المكروه: هو الشرج.

(٣) وإنما فيه التعزير. انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٤٨٦.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٣٥٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٥٧.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٧-٣١٨؛ والمغني ١٢/ ٣٥٢.

(٦) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١١٩؛ والمغني ١٢/ ٣٥٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٥٧.

(٧) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٦٣.

(٨) انظر: كتاب التفريع ٢/ ٢٢٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٤.

وخلافاً لبعض الشافعية في [قولهم][1]: إن كانت مما يؤكل لحمها ذبحت، وإن كانت مما لا يؤكل لحمها لم تذبح[2].

لما تقدم من قول النبي ﷺ: «اقتلوه واقتلوها معه»[3] ولم يفرق.

ولأنه حيوان جازت العقوبة بالإيلاج في فرجه، فجاز قتله، كالآدمي.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك يقصد ردعه بذلك، والبهيمة لا يقصد منها ذلك. لأنه لم يقصد منها هذا، فهناك مقصود آخر، أن لا يعير (ببقائها)[4][5]، وهذا معنىٰ قول النبي ﷺ: «لا يقال هذه هذه» ومنها: أن تلد ولداً مشوهاً[6]، ومنها: أن لا يكون داعياً لغيره إلىٰ اتيانها إذا سمع بأن أحداً أتاها.

[١٨/١٨٥٣] **مسألة:** ويحرم أكل لحمها[7].

خلافاً لمالك، وبعض الشافعية في قولهم: إذا ذبحت أبيح لحمها[8].

لأن النبي ﷺ أمر بقتلها، والقتل غير الذبح، والقتل لا يفيد أكل اللحم، وإنما

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١١.

(٣) سبق ذكره في مسألة [١٥/ ١٨٥٠].

(٤) في المخطوط (بقتلها) وما أثبت هو الصحيح.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٥٣.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٣٥٣.

(٧) انظر: المغني ١٢/ ٣٥٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٥٧.

(٨) وبه قال أبو حنيفة وهو وجه ثان عند الحنابلة. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٤، وروضة الطالبين ٧/ ٣١١؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٥؛ والمغني ١٢/ ٣٥٣.

يفيده الذبح .

ولأنها بهيمة أمر النبي ﷺ بقتلها، فحرم أكلها، كالسبع .

[١٨٥٤/١٩] **مسألة:** إذا عقد على ذات محرم[١]، ووطئها مع العلم بتحريمها فعليه الحد، وكذلك لو عقد على امرأة في عدتها من غيره[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحد ويعزر[٣].

لما روى البراء بن عازب مر بي خالي الحارث بن عمرو ومعه عقد عقده له رسول الله ﷺ فقلت أين تريد؟ فقال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده، فأمرني أن أضرب عنقه»[٤].

ولا معنى لقولهم: إن الرجل كان حربياً، أو فعله على وجه الاستحلال بدلالة: أن نفس التزويج لا يوجب القتل، ولأن حده الرجم دون ضرب العنق. وذلك أنه لا يصح / حمله على الحربي، لأن في الخبر حكماً وسبباً، فالحكم [٢٢٩] القتل، والسبب العقد، فلا يجوز أن يعدل به عن سببه، ويجب حمل الخبر على

---

(١) هي كل من يحرم عليه نكاحها بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة .

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٨؛ والمغني ١٢/ ٣٤١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦١-٤٦٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٢ .

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٩ .

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الحدود: في الرجل يقع على ذات محرم منه (٨٩١٥) المصنف ١٠/ ١٠٤، وابن ماجة في الحدود: باب من تزوج امرأة أبيه من بعده (٢٦٠٧) ٢/ ٨٦٩، والحاكم في الحدود: (٨٠٥٥/ ٣٢)، (٨٠٥٦/ ٣٣) المستدرك على الصحيحين ٤/ ٣٩٧، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (٣٣٧)، (٣٣٨) ٣/ ١٩٦. والبيهقي في الحدود: باب من وقع على ذات محرم له أو على ذات زوج. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٢٣٧ . وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٨ .

الوطء لئلا يعرىٰ عن فائدة، ولأنه يجوز أن يكون كناية العقد عن الجماع، لأنه يتوصل به إليه، ولأنه روي في لفظ آخر «في رجل عرس بامرأة أبيه» وذلك عبارة عن الوطء، فأما أمره بضرب عنقه . فالخبر اقتضىٰ وجوب القتل في الجملة . وعندك لا يجب، وإذا وجب رجع في صفته إلىٰ صفته، وأما عقد الراية فيجوز أن يكون ذلك لإقامة الهيبة، لأن الرجل كان في عشيرة ومنعة .

ولأنه وطء مجمع [١] علىٰ تحريمه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك، والواطي عالم بتحريمه، ممن يجب عليه الحد، فوجب أن يوجب الحد، أصله : إذا وطئها من غير عقد[٢] .

وقولنا : «مجمع علىٰ تحريمه» احتراز من كل وطء مختلف في تحريمه كالوطء في نكاح بلا ولي[٣]، وبلا شهود[٤]، ونكاح المتعة[٥]، والشغار[٦] .

وقولنا : «لم يصادف ملكاً» احتراز من وطء الجارية المشتركة، ومن وطء جاريته إذا كانت أخته من الرضاع .

وقولنا : «ولاشبهة ملك» احتراز من وطء جارية ابنه، لأن له فيها شبهة ملك، ووطء العبد في نكاح عقده بغير إذن سيده، لأنه هناك شبه ملك، وهو أن أباحنيفة يقول

---

(١) انظر : المغني ١٢/ ٣٤٢.

(٢) انظر : المغني ١٢/ ٣٤٢.

(٣) حيث لايجب الحد فيمن ذكر . انظر : المرجع السابق ١٢/ ٣٤٣.

(٤) حيث لايجب الحد فيمن ذكر . انظر : المرجع السابق ١٢/ ٣٤٣.

(٥) حيث لايجب الحد فيمن ذكر . انظر : المرجع السابق ١٢/ ٣٤٣.

(٦) حيث لايجب الحد فيمن ذكر . انظر : المرجع السابق ١٢/ ٣٤٣.

في النكاح الموقوف على الإجازة : يملك به[(١)] .

وقولنا : «وهو عالم بتحريمه» احتراز من الجاهل بتحريمه، أو جاهل بكونها ذات محرم، ومن المجوسي إذا تزوج أمه ووطئها، ومن الصبي، والمجنون، فإن هؤلاء لا يعلمون تحريم ذلك .

وقولنا : «ممن يجب عليه الحد» احتراز من الحربي والمستأمن[(٢)] .

ولامعنى لقولهم : إن هذا وطء عن عقد، لأنا لا نسلم أن الإيجاب والقبول يوجد من الصبي ولايكون عقداً، ويوجد منه إذا عقد على اللواط على الغلام، وعلى امرأة من نساء النبي ﷺ .

[١٨٥٥/٢٠] **مسألة:** وحد من وطئ ذات محرم الرجم بكراً كان أو ثيباً[(٣)] .

خلافاً للشافعي، والثانية : حكمه حكم الزاني[(٤)] .

لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ قال : «من وقع على ذات محرمه فاقتلوه»[(٥)] . ولم يفرق .

---

(١) لم أقف على قول أبي حنيفة، وقد جاء في الفتاوى الهندية ١/ ٢٧٣ : عدم صحة النكاح الموقوف على الإجازة .

(٢) فلا يجب عليهما الحد، لأنهما غير ملتزمين أحكامنا . انظر : مطالب أولي النهى شرح دقائق المنتهى ٦/ ١٧٧ .

(٣) انظر : كتاب الروايتين والوجهين ٢/٣١٨؛ والمغني ١٢/٣٤٢ .

(٤) هذا هو الصحيح من المذهب عند الحنابلة . انظر : روضة الطالبين ٧/٣١٢؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٦١-٤٦٢ .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في الحدود : في الرجل يقع على ذات محرم منه (٨٩١٣) المصنف ١٠/ ١٠٤، وابن ماجة في الحدود : باب من أتى امرأة ذات محرم ومن أتى بهيمة (٢٥٦٤)، والحاكم في الحدود : (٨٠٥٤/ ٣١)، المستدرك على الصحيحين ٤/٣٩٧، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (١٤٢) ٣/١٢٦، والبيهقي في الحدود : باب من وقع على ذات محرم له أو على ذات زوج . السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٢٣٧ . الجميع من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، حدثني داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ . وهذا الحديث ضعيف السند لضعف داود بن الحصين . انظر : إرواء الغليل ٨/ ٢٢ .

ولأنه قتل يجب بسبب لا يستباح بحال، فاستوىٰ فيه البكر والثيب، دليله: القتل بالردة وبالمحاربة.

وفيه احتراز من الزنا، لأنه يجب بسبب يستباح بحال، وهو عقد النكاح.

ولأن الحدود تتفاضل بتفاضل الإجرام، وقد ذكرنا ذلك في وطء اللوطي(١).

[١٨٥٦/٢١] **مسألة:** إذا استأجر امرأة ليزنىٰ بها ففعل، وجب عليه الحد(٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا حد عليه(٣).

لما تقدم من العلة في المسألة التي قبلها، وهو عقد علىٰ ذات رحم.

ولأن الإجارة عقد لا يبيح الوطء بحال،(٤) فوجب أن لا يكون شبهة في درء الحد، وإنما الشبهة اعتقاده فيه، أصله: إذا استأجرها للخدمة، ولايلزم عليه نكاح المجوسية(٥)، / لأنه ليس العقد شبهة في درء الحد، وإنما الشبهة في اعتقاده [٢٣٠] الإباحة، ولايلزم عليه إذا اشترىٰ اخته من الرضاعة أنه ليس المسقط العقد، وإنما المؤثر الملك(٦).

[١٨٥٧/٢٢] **مسألة:** المجلس الواحد شرط في اجتماع الشهود باداء

---

(١) سبق في مسألة [١٤/ ١٨٤٩].

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٣٧٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦١-٤٦٢؛ وكشاف القناع ٦/ ٩٨؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣١٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٢.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٨٧، والمبسوط ٩/ ٥٨.

(٤) انظر: كشاف القناع ٦/ ٩٨.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٤٤.

(٦) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٣٤٥.

الشهادة، فإذا جمعهم مجلس واحد سمعت شهادتهم، وإن جاءوا متفرقين[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهم][٢]: المجلس الواحد شرط في مجيء الشهود مجتمعين، فإن جاؤوا متفرقين في مجلس واحد يحدون[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: المجلس ليس بشرط في اجتماعهم، ولا في مجيئهم، ومتىٰ شهدوا بالزنا متفرقين واحداً بعد واحد وجب الحد علىٰ الزاني[٤].

فالدلالة علىٰ أن المجلس شرط في الاجتماع: أن شهادتهم لم تتم في مجلس واحد علىٰ الزنا، فلم تكن شهادة صحيحة، دليله: شهود الزوايا، (ولأنه)[٥] شهد واحد في مجلس أنه زنا بها في هذه الزاوية، وشهد آخر أنه زنا بها في هذه الزاوية، أو شهد واحد ولم ينضم إليه غيره حتىٰ مضت أيام فحده الحاكم، ثم جاء ثلاثة أُخَرُ، وشهدوا لم يكن الأول شاهداً، كذلك إذا لم يحدوا.

ولا معنىٰ لقولهم: إن شهود الزوايا لو اجتمعوا لم تقبل شهادتهم. لأنا لا نسلم هذا[٦].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه إنما تقبل شهادته إذا حد، لأنا جعلناه قاذفاً بالحد،

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٦٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٤-٤٦٥.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ١٥٢؛ وكتاب التفريع ٢/ ٢٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٢٦.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣١٥.

(٥) في المخطوط (ولا هو).

(٦) فتقبل إذا كانت الزاويتان متقاربتين. انظر: المغني ١٢/ ٣٧٠.

بدليل: أن الباقين لو كانوا معه في المجلس، فشهد واحد منهم ولم يشهد الباقون، فأقام الحاكم الحد، ثم شهد الثلاثة لم يتم بهم، لأنا إنما جعلناه قاذفاً، لأن الشهادة لم تجتمع في مجلس واحد، فأما إذا كانوا معه في مجلس واحد، فامتنعوا ثم شهدوا بعد ذلك فلم يتم بذلك لمعنىٰ آخر، وهو أنهم يكذبون أنفسهم بشهادتهم بعد امتناعهم منها.

ولأن حد الزنا خص من جنسه بشهادة، فوجب أن يعتبر فيه اجتماع الشهود في مجلس واحد، كالنكاح.

ولا معنىٰ لقولهم: إن تحمل العقد لا يصح إلا بسماع الإيجاب والقبول من المتعاقدين، ولا يمكن هذا إلا أن يكونا مجتمعين، وليس كذلك الشهادة، لأنه إخبار الحاكم بما شهد الشهود، وذلك يصح في حال اجتماع الشهود وتفرقهم. لأنه كان يجب أن يحصل حضوره في المجلس بمنزلة حضوره العقد، لأنه قد أجرىٰ المجلس مجرىٰ حالة العقد، بدليل: قبض رأس مال السلم، وثمن الصرف، وفسخ العقد، وقبول العقد، وقولهم: «إن هذا اخبار الحاكم بما شهد به الشهود» فهو كذلك إلا أنه يؤدي إلىٰ أن تقبل شهادة من هو علىٰ صفة يجوز إقامة الحد عليه بضرب من الاجتهاد، لأن من الفقهاء من قال: / إذا لم يكمل العدد وجب الحد [٢٣١] علىٰ من شهد. ولا يجوز سماع شهادة من يسوغ الاجتهاد في إيجاب الحد عليه.

فالدلالة علىٰ أن اجتماعهم ليس بشرط في مجيئهم: أنه قد جمعهم مجلس واحد في الأداء فقبلت شهادتهم، دليله: لو جاؤوا مجتمعين.

ولأن المجلس إذا جعل شرطاً في اجتماع الشهود لم يكن شرطاً في

مجيئهم[١]، دليله: الشهادة في عقد النكاح يعتبر اجتماعهم حين العقد، ولا يعتبر في حال مجيئهم إلى العقد.

[١٨٥٨/٢٣] **مسألة:** إذا لم يكمل عدد الشهود أربعاً فهم قذفة يحدون[٢].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: لا يحدون[٣].

لأنهم أدخلوا المعرة عليه بإضافة الزنا بسبب لم يسقط حصانته، فصار كما لو قد قذفوه، بل هذا أولى، لأن قول الشاهد يقبل ما لا يقبل قول القاذف، فكان إيجاب الحد عليه أولى، ولايلزم عليه إذا كان الشهود أربعاً فساقاً، أو عبيداً، أو عمياناً[٤]، لأن الحد يجب عليهم على إحدى الروايتين نص عليه ابن منصور[٥]، وأبو النضر العجلي[٦]، وحنبل، والمروذي.

ولأنا لو قلنا: إنه إذا انضم إلى لفظ القذف قوله: أشهد لم يجب عليه الحد لأدى ذلك إلى أن كل من يريد أن يقذف غيره يقول: أشهد أنه فعل كذا. ويقذفه، فلا يحد، فيكون ذريعة إلى القذف، ولهذا لايجوز، ولهذا قلنا: يجب القود بالقتل بالمثقل لئلا يكون ذريعة إلى أن من أراد أن يقتل غيره قتله بالمثقل، فكذلك

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٣٦٦.

(٢) وبه قال الحنفية؛ والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣١٩؛ والمغني ١٢/ ٣٦٧؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٨٣؛ والذخيرة ١٢/ ٥٥.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٢٤.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٣٦٨.

(٥) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٠.

(٦) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٠.

تقتل الجماعة بالواحد.

ولامعنى لقولهم: إن إيجاب الحد يؤدي إلى أن لا (يشهد)[١] أحد [بحد، فإنه لا يعلم أحد من الشهود إذا لم يكمل عدد الشهود فإنه][٢] يوجب حد القذف على الشاهد إلا امتنع من الشهادة، أو أفسدها، أو رجع عنها، وهذا فيه فساد، فوجب أن لا يجب الحد. وذلك أنه سيمنع الشاهد التوقف عن هذه الشهادة، والتسرع إليها، فإذا شهد فوقف غيره عن الشهادة، فالسبب من جهته.

[**١٨٥٩/٢٤**] **مسألة:** فإن شهد نفسان أنه زنى بها في قميص أحمر، وشهد آخران أنه زنى بها في قميص أبيض [فشهادتهما][٣] مقبولة، ويجب الحد على المشهود عليه. ذكره أبوبكر[٤].

خلافاً للشافعي في قوله: لا تقبل[٥].

لأن هذا ليس باختلاف في نفس الشهادة، لأنه يجوز أن يكون عليها قميص أبيض، وأحمر، فيغلب أحدهما البياض ويغلب الآخر الأحمر، فله وجه في الصحة فحمل عليه، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف والآخر أنه قتله بعصا، لأنه يحتمل أن يكون ضربه بالسيف وبالعصا.

[**١٨٦٠/٢٥**] **مسألة:** إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزواية، واثنان أنه

---

(١) في المخطوط (يسا).

(٢) زيادة من المحقق ليستقيم المعنى.

(٣) في المخطوط (فسادتهما).

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٠-٣٧١؛ والمقنع لابن القدامة ٣/ ٤٦٥.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٢.

زنى بها في زواية أخرى، فشهادتهم جائزة، ويحد المشهود عليه(١).

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: لا تقبل هذه الشهادة(٢).

لأن المسألة على أن البيت صغير والزاوايا تتفاوت والفعل حصل في وسط / [٢٣٢] البيت فلقربهما هذان من هذه الزاوية، وهذان من هذه الزاوية، وإذا كان كذلك حصل المشهود به فعلاً واحداً، فلم يوجب ذلك اختلافاً في نقض الشهادة، ويبين صحة هذا وأنه كذا: أنه يمتنع وجود الفعل في نفس الزاوية، وإنما يقع بالقرب منها، ويضاف إليها، كان كذلك صحت الشهادة، ولا يجوز أن يكون ابتداء الفعل في زواية وانتهاؤه في أخرى فشهد هذان على الابتداء وهذان على الانتهاء، فيكون المشهود به زنا واحدا، ولايلزم عليه إذا شهد اثنان أنه زنى في وقت الظهر، وآخران أنه زنى في وقت العصر، لأنه إن تبين أحد الفريقين آخر النهار، والفريق الآخر أول النهار، فهو كالبيت الواحد، وإن تبين زنا من الليل لا يمتد الفعل من النهار إليه فهو كما لو بينا البيت الكبير وأن أيهما لم يقبل، كما لو أنهما ذكرا زوايا البيت ولم نتبين أنه بيت صغير ولا كبير.

[**١٨٦١/٢٦**] **مسألة:** إذا شهد أربعة بالزنا، ثم رجع واحد منهم قبل حكم الحاكم حدوا كلهم(٣).

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحد الثلاثة، وفي الراجع قولان، أحدهما: لا

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٥؛ وكشاف القناع ٦/ ١٠١-١٠٢.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٢٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٦.

(٣) هذه رواية عن الإمام أحمد، وهي الصحيحة، وبها قال المالكية، والرواية الثانية: يحد الثلاثة دون الراجع. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٠-٣٢١؛ والمغني ١٢/ ٣٦٩؛ والذخيرة ١٢/ ٧٧.

يحد أيضاً، والثاني: يحد[١].

لأن الراجع قد اعترف بالقذف، والقذف فيما قذف به فوجب عليه الحد باعترافه، وأما الثلاثة فقد دللنا على أنهم إذا شهدوا ابتداء وجب عليهم الحد، والرجوع عن الشهادة قبل استيفاء الحد كالرجوع قبله[٢]، ألا ترى أن الحد لا يستوفي وكأنه لم يشهد إلا ثلاثة فيحدون.

[**١٨٦٢/٢٧**] **مسألة:** إذا شهد أربعة بالزنا، وشاهدان بالإحصان، فرجم المشهود عليه، ثم رجعوا كلهم اشترك شهود الزنا وشهود الإحصان في الضمان[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الضمان على شاهدي الزنا دون شاهدي الإحصان[٤].

لأن الرجم ثبت بشهادة الجميع، بدليل: أنه لو انفرد شهود الإحصان لم يجب الرجم، ولو انفرد شهود الزنا لم يجب أيضاً، وإذا اجتمعوا وجب، فعلم أن النفس تلفت بشهادتهم، فوجب أن يكون الضمان عليهم، كما لو شهد جماعة بمال فقضى بشهادتهم، ثم رجعوا أن الضمان يجب عليهم، ويبين صحة هذا: أن الرجم وإن ثبت بشهود الإحصان فإنهم شرط فيه، بدليل: أنه لا يجب الرجم حتى

(١) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٢٥.

(٢) أي كالرجوع عن الشهادة قبل حكم الحاكم.

(٣) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٢.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٨.

يكون معه الإحصان، والشرط يجري مجرىٰ السبب الموجب، يبين صحة هذا علىٰ أصل أبي حنيفة: أن المزكيين إذا رجعا ضمنا [١]. ومعلوم أن الحق لم يثبت بشهادتهما، وإنما كان سبباً في ذلك، وأما علىٰ أصلنا: فإن ولي المجني عليه بالخيار بين أن يضمن (المزكيين) [٢] أو الإمام، فإن ضمن الإمام رجع علىٰ / [٢٣٣] المزكيين، وإن ضمنهما لم يرجعا[٣]، لأن الإمام مخطئٌ في قبول شهادتهم، فتعلق به الضمان، والشهود ألجؤوه إلىٰ ذلك، فقد حصلت الجناية من كل واحد منهما، فلهذا كان له أن يضمن أيهما شاء.

[١٨٦٣/٢٨] **مسألة:** فإن شهد خمسة بالزنا، ورجع واحد منهم بعد القتل، أو شهد ثلاثة بالمال، فرجع واحد منهم بعد الحكم به لزمه خمس الدية، وثلث المال المشهود به[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في أحد القولين: لا يلزمه شيء، بقي عدد الشهود[٥].

فالدلالة علىٰ أن الضمان يتعلق بالراجع مع بقاء عدد الشهود: أن الرجوع عن الشهادة لا يوجب نقض الحكم وإنما يغرم الراجع قيمة المتلف بإقراره أنه أتلفه

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٧.

(٢) في المخطوط (المزكيان).

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٧.

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٧؛ وكشاف القناع ٦/ ٤٤٤.

(٥) وبه قال المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٧٥؛ والذخيرة ١٢/ ٧٨.

ظلماً، فإذا رجع واحد من الخمسة فقد أقر بإتلاف خمس النفس، فلزمه ضمان الخمس، كما لو كان الشهود أربعة فرجع واحد منهم لزمه، ولا شبهة أن الرجم استوفى بشهادة الجميع، بدليل: أنه لو رجع الخمسة تعلق الضمان عليهم[1].

[١٨٦٤/٢٩] **مسألة:** فإن شهد ستة بالزنا، فرجم المشهود عليه، ثم رجع ثلاثة منهم لزمهم نصف الدية[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلزمهم ربع الدية[3].

لأن رجوع الشهود يتعلق به الضمان، فوجب أن يكون مقسوماً على عدد الشهود، كما لو شهد أربعة، ثم رجع بعضهم، يبين صحة هذا: أنه لو كان الاعتبار في قدر الضمان بالبينة لوجب أن يكون جميع الربع على واحد من البينة، فلما كان على الثلاثة دل على أن الاعتبار بعدد الشهود دون عدد الشهود[4].

[١٨٦٥/٣٠] **مسألة:** إذا شهد أربعة بالزنا، وله زوجة منها ولد، فأنكر وطأها لم يرجم، ولم يكن وجود الولد دلالة على دخوله بها[5].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يرجم[6].

---

(١)) انظر: المغني ١٤/ ٢٥١.

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٧١٨؛ والمغني ١٢/ ٢٥١؛ وكشاف القناع ٦/ ٤٤٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٦-٣٩٧.

(٤) هكذا بالمخطوط.

(٥) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٤٥٤؛ وكشاف القناع ٦/ ٩١.

(٦) وبه قال بعض المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ١٩٧؛ والذخيرة ١٢/ ٧٢.

لأنه ليس في إلحاق الولد ما يدل على الوطء، لأ[نه] [١] يحتمل أن تكون علقت بوطء دون الفرج، فيجب أن يدرأ عنه الحد، و[لو] [٢] طلقها ثلاثاً عقيب النكاح [٣]، ثم أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لحق به الولد ورجم بالزنا مع علمه بعدم الوطء وهذا ظاهر الفساد [٤].

[١٨٦٦/٣١] **مسألة:** إذا شهد أربعة على رجل بالزنا بامرأة، وشهد أربعة على الشهود أنهم هم الذين زنوا بها قبلت شهادة الشهود الآخرين، ولا يحد المشهود عليه، لأن شهوده قذفة فشهادة الشهود الآخرين يحدون الشهود الأولين، لأنهم قذفة. [٥] وقد مضى الكلام في هذه المسألة [٦].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقبل شهادة الآخرين [٧]. بناء على أصله: أن شهادتهم بعد حين.

لأنهم أخروا شهادتهم عن الشهود الأولين إلى هذا الوقت، وهذا لا يمنع عندنا قبولها.

[١٨٦٧/٣٢] **مسألة:** إذا جلده الإمام بشهادة الشهود، ثم بان أنهم عبيد، أو

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) أي عقيب العقد مباشرة قبل أن يدخل بها.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٣٢٠.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٧.

(٦) لم يسبق أن مرت هذه المسألة في الكتاب.

(٧) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ١٥٣.

فيهم عبد، أو امرأة، أو كافر فأرش الضرب / مضمون، لأنه من خطأ الإمام[١]. [٢٣٤]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يضمن أرش الضرب[٢].

لأنها جناية صدرت عن خطأ الإمام في الحكم، فوجب أن تكون مضمونة عليه، أصله: إذا رجمه بشهادة الشهود وهو محصن، ثم بان الخطأ في شهادتهم أنهم عبيد، أو نساء، أو كفار، فإن الضمان يجب عند أبي حنيفة[٣]، كذلك آثار الضرب[٤].

ولا معنى لقولهم: إن القتل محكوم به، لأنه قد ينقل الضرب عنه، وإنما يحصل بزيادة اعتماد من الجلاد فلا يضمنه الإمام. لأنه إذا لم يتناوله حكمه كان يجب أن يضمنه الجلاد من عدوانه، وعنده[٥] لا يضمنه الجلاد.

[**١٨٦٨/٣٣**] **مسألة:** خطأ الإمام مضمون في بيت المال[٦].

خلافاً للشافعي. في أحد قوليه، والثانية: يكون على عاقلته[٧].

لأن الإمام يتصرف عليهم ولهم، فلا يجوز أن يضمن.

ولأن خطأه يكثر، لأنه يقيم الحدود، ويعزر، ففي إيجابها على عاقلته

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٥٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٥.

(٣) ويكون الضمان على بيت المال. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٥.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٨.

(٥) أي عند أبي حنيفة. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٥-٣٩٦.

(٦) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٢/ ٣٥؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٢٢.

(٧) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٢٢؛ والمغني ١٢/ ٣٥.

إجحاف بهم.

[١٨٦٩/٣٤] **مسألة:** إذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فزكاهم قوم زعموا أنهم أحرار مسلمون، فإذا هم عبيد كفار، وقد رجم الإمام بشهادتهم حين زكاهم، كان لولي الدم أن يطالب من شاء من الإمام، ومن المزكين، لأنهما الجآه إلى قتله، فإن طالب الإمام رجع على الشاهدين، وإن طالب الشاهدين لم يرجعا على الإمام لأنهما الجآه إلى قتله[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الضمان على المزكين[٢].

والدلالة على أن له الخيار: لأن الإمام مخطئٌ في قبول شهادتهم، فتعلق به الضمان، والشهود الجؤوه إلى ذلك، فقد حصلت الجناية من كل واحد منهما، فلهذا كان له أن يضمن أيهما شاء.

[١٨٧٠/٣٥] **مسألة:** إذا شهدوا بعد حين بزنا، أو سرقة، أو شرب خمر قبلت شهادتهم[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقبل الشهادة بذلك[٤].

لأن كل شهادة قبلت مع تقارب الزمان قبلت مع تقادم الزمان، أصله: الشهادة على القتل، وحد القذف، وسائر الحقوق[٥].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٧.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٤٦٧.

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/ ٢٩٥، والمبسوط ٩/ ٩٧.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٣.

ولامعنى لقولهم: أإهم لو أرادوا بالشهادة إقامة حق الله لأقاموها في الحال، فإذا أخروها حمل أمرهم على العداوة، فلحقتهم التهمة. لأن شهادة العدو على عدوه مقبولة عند أبي حنيفة[1]، كذلك يجب ها هنا مع أنه يجوز أن يكون تأخير الشهادة بغرض لا توجبه العدواة، مثل: اشغال تتعلق بهم قطعتهم عن إقامتها، أو تجدد لهم في الإظهار بعد الكتمان لاعتقادهم أنه أصلح للدين وأحسم للفساد وحدث لهم هذا الرأي لأمارات ظهرت فشهدوا بذلك ليظهر إقامة الحد فتزول الجرأة على الزنا، ويحتمل أن يكون تأخيرهم أنهم كانوا (يخافون)[2] من إظهارها لقوة المشهود عليه، ويحتمل أن يكون الزمان لا يحتمل إقامة الحد لعارض فيه من برد شديد، أو حر مفرط فأخروا الشهادة لذلك.

[**١٨٧١/٣٦**] **مسألة:** إذا شهد / أربعة على امرأة بالزنا، فادعت المرأة أنها بكر، [٢٣٥] فنظر إليها النساء وإذا هي بكر، فلا حد عليها، ولا على الشهود[3].

خلافاً لمالك في قوله: تقبل شهادتهم عليها، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك[4].

أما إسقاط الحد عنها، فلأن الظاهر منها مع بقاء عذرتها أنها لم توطأ، فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عنها.

وأما سقوط الحد عن الشهود، فلأن وجود العذرة لا ينفي الزنا في الحقيقة، لجواز

---

(١) شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة دنية فمقبولة عند الحنفية، وكذلك إذا كانت العداوة دنيوية ما لم يفسق بسبب هذه العداوة الدنيوية. انظر: مسعفة الأحكام ٢/ ٥١٦، وحاشية ابن عابدين ٧/ ١١٢.

(٢) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط، ولعلها ما أثبت ورسمها في المخطوط هكذا (يبرعون).

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٦٧.

(٤) انظر: المدونة ٤/ ٤٠٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٩.

أن تكون وطئت ثم عادت العذرة، فصار ذلك شبهة، فلم يجب الحد (عليهم)[١].

وأما قبول شهادة النساء في ذلك، فلأنه مما لا يطلع عليه الرجال، فقبل فيه شهادتهن[٢].

[١٨٧٢/٣٧] **مسألة:** إذا وطئ جارية امرأته بإذن الزوجة مع علمه بالتحريم لم يرجم ووجب عليه جلد مائه[٣].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يرجم[٤].

لما روى أحمد باسناده عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ في الرجل يأتي جارية امرأته. قال: «إن كانت أحلتها له جلد مائه، وإن لم تكن أحلتها له رجم»[٥]. وهذا نص.

---

(١) في المخطوط (عليه).

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٤.

(٣) وبه قال مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٦٣٢٥؛ والمغني ١٢/٣٤٦؛ والمدونة ٤/ ٣٨٤.

(٤) منهم الحنفية. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/٣٨٨.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسند الكوفيين، حديث النعمان بن بشير (١٨٤٧١)، (١٨٤٧٢)، (١٨٤٧٣). مسند الإمام أحمد ٦/ ٣٩٣، وابن أبي شيبة في الحدود: الرجل يقع على جارية امرأته (٨٥٨٣) المصنف ١٠/ ١٢، والترمذي في الحدود: باب ما جاء في الرجل يقع على جارية امرأته (١٤٥١) ٤/ ٥٤، والبيهقي في الحدود: باب ما جاء فيمن أتى جارية امرأته. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٢٣٩. من طرق عدة عن النعمان بن بشير. الأول: عند الإمام أحمد، وابن أبي شيبة، والبيهقي من طريق هشيم، عن أبي بشير، عن حبيب بن سالم، عن النعمان بن بشير مرفوعاً. الثاني: عند الترمذي من طريق، هشيم، عن سعيد بن أبي عروبة، وأيوب بن مسكين، عن قتادة، عن حبيب بن سالم، عن النعمان بن بشير مرفوعاً. الثالث: عند الإمام أحمد من طريق محمد بن جعفر، حدثنا شعبة، عن أبي بشير، عن خالد بن عرفطة، عن حبيب بن سالم، عن النعمان بن بشير مرفوعاً. الرابع: عند الإمام أحمد من طريق محمد بن جعفر وعبدالله بن بكر قالا: حدثنا سعيد، عن قتادة، عن حبيب بن سالم قال ابن بكر مولى النعمان بن بشير، عن النعمان بن بشير مرفوعاً. قال الترمذي: حديث النعمان في إسناده اضطراب قال: سمعت محمداً يقول: لم يسمع قتادة من حبيب هذا الحديث، وإنما رواه عن خالد بن عرفطة. انظر: سنن الترمذي ٤/ ٥٤. وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: ضعيف سنن الترمذي ص ١٦٥.

ولأن الإذن يؤثر في إباحة الوطء في الأصول، فجاز أن يؤثر في إسقاط الحد في الموضع الذي لايؤثر في الإباحة، وهو العقد المختلف في صحته، كالنكاح بلا ولي ولا شهود[١]، والموضع الذي يؤثر الإذن في إباحة الوطء إذن المرتهن للراهن في وطء الأمة المرهونة[٢]، وإذن الغرماء للمحجور عليه لفلس، وللورثة في وطء الأمة، وإذن السيد لعبده في التسري إذا قلنا يملك إذا مُلك[٣].

ولامعنى لقولهم: إن المواضع التي أثر الإذن في إباحة الوطء فيها إذا كان هناك ملك وهي المواضع التي ذكروها فأما في مسألتنا فليس للزوج ملك ولا يؤثر الإذن في الحد. لأنه لا يمتنع أن لا يحصل الملك ويؤثر الإذن في الحد، كالعقد الفاسد لم يحصل معه الملك وأثر في الحد.

ولامعنى لقولهم: إن العقد الفاسد هناك شبهة في الفعل، وهو أن من الناس من قال الوطء هناك مباح، وليس هاهنا شبهة في الفعل، لأنه مجمع على تحريمه، ولا في الفاعل، لأنه يعتقد تحريمه، ولا في المفعول، لأنه ليس فيها شبهة ملك. لأنا لا نسلم هذا بل له شبهة في مالها، ولهذا نقول: لا يقطع (بسرقة مالها)[٤]، لأن مال كل واحد مضاف إلى الآخر.

ولامعنى لقولهم: إن تلك الشبهة لما أثرت لم يفترق الحال بين أن يوجد من

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٤٣.

(٢) انظر: المرجع السابق ٦/ ٤٨٨.

(٣) انظر: المرجع السابق ٩/ ٤٧٤.

(٤) في المخطوط (بسرقتها لها و) والصواب ما أثبته.

جهة الابن إذن في الوطء، أو لا يوجد. لأنه لا يمتنع أن نعتبر الإذن هناك ويعتبر (هنا)[1] كما يعتبر هناك، واعتبر في حق الراهن والمحجور عليه والورثة.

ولأن الإذن معنىً يؤثر في حرية الولد، وهو إذا إذن الراهن للمرتهن في وطء الأمة المرهونة، فوطئها مع الجهل، فالولد عندنا حر[2]، وعند أصحاب الشافعي[3]، فجاز أن يؤثر في سقوط الحد، دليله: شبهة الملك وهو إذا وطء جارية ابنه، أو الجارية المشتركة.

ولأن أباحنيفة قد قال / في الراهن: إذا إذن للمرتهن في وطء الأمة المرهونة، [٢٣٦] فوطئها سقط الحد بالإذن[4]. فجاز أن يسقط هاهنا وما الفرق بينهما؟.

[**١٨٧٣/٣٨**] **مسألة:** إذا زنىٰ العبد يجلد نصف جلد الحر ولا يرجم[5].

خلافاً لداود في قوله: إن كان بكراً جلد مثل جلد الحر، وإن كان ثيباً رجم كالحر، ووافق في الأمة أنها لا ترجم، وحدها نصف حد الحرة[6].

لأنه ناقص بالرق، فوجب أن يكون علىٰ نصف الجلد، أو فوجب أن لا

---

(١) في المخطوط (هناك) والصحيح ما أثبت.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٤٨٨.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣١٢.

(٤) لم أقف علىٰ قول أبي حنيفة.

(٥) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١١٧؛ والمغني ١٢/ ٣٣١؛ وكشاف القناع ٦/ ٩٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٥٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٠٦.

(٦) انظر: المحلى ١٣/ ٧٣.

يرجم، دليله: الأمة، وهذا القياس في معنى الأصل، وذلك أنا اتفقنا على أن جلد الأمة نصف الجلد[١]، وليس هاهنا معنى أوجب نقصان الجلد إلا الرق، وهذا موجود في العبد، فوجب أن يكون مثله.

[١٨٧٤/٣٩] **مسألة:** للسيد أن يقيم الحد على عبده وأمته[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يملك ذلك إلا بإذن الإمام[٣].

لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ولا يعيرها»،[٤] وفي لفظ آخر «فليضربها كتاب الله ولا يثرب[٥] عليها»[٦]. وهذا نص.

ولأنه يملك تزوجيها مع اختلاف الدينين[٧]، فجاز أن يملك إقامة الحد عليها، أصله: الإمام، يبين صحة هذا: أن ولاية السيد في عبده آكد من ولاية الإمام في رعيته، لأنه يتصرف بالبيع، والإجارة، والتزويج، والعتق، والاستخدام.

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٣١.

(٢) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٢؛ والمغني ١٢/ ٣٣٤؛ والاستذكار لابن عبد البر ٢٤/ ١٠٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٨٥؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٣٨٥.

(٤) أي يسبها ويعيبها انظر: لسان العرب، مادة «عير».

(٥) أي لا يعنفها ولا يقرعها بعد الحد. انظر: غريب الحديث لابن الجوزي ١/ ١١٩.

(٦) رواه البخاري في الحدود: باب إذا زنت الأمة (٦٨٣٧)، (٦٨٣٨)، وفي باب لا يثرب على الأمة إذا زنت ولا تنفى (٦٨٣٩) ٤/ ٢٦٠؛، ومسلم في الحدود: باب رجم اليهود، أهل الذمة في الزنى (١٧٠٣) (٣٠)، (٣١)، (٣٢) ٣/ ١٣٢٨-١٣٢٩.

(٧) انظر: المغني ١٢/ ٣٣٦.

[١٨٧٥/٤٠] **مسألة:** إذا كانت الأمة تحت زوج لم يملك السيد إقامة الحد عليها[١].

خلافاً للشافعي في قوله: يملك[٢].

لأن عقد النكاح أزال ملك السيد عن بضعها، فأزال ولايته في الحد عليها، دليله: الكتابة. وإن شئت قلت: عقد يسقط عن السيد صدقة الفطر، والنفقة. ويحرم استمتاعها[٣]، أشبه الكتابة.

ولا يملك قطع يده[٤] في السرقة، ولا قتله في الردة[٥]. خلافاً لأصحاب الشافعي[٦]. لأنه ليس له ولاية عامة، فلم يملك القطع، والقتل، كالسيد في حق مكاتبه، يبين صحة هذا: أن الملك باق على مكاتبه، ويفارق الإمام، لأن له ولاية عامة، ولا يملك شيئاً من جنس القطع والقتل، ويفارق الجلد، لأنه من جنس ما يملكه، وهو التعزير.

[١٨٧٦/٤١] **مسألة:** الإكراه على الزنا لا يسقط الحد، سواء كان المكره سلطاناً أو غيره[٧].

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٢/ ٢٣٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٤٣؛ والذخيرة ١٢/ ٨٥.

(٢) انظر: الأم ٦/ ١٤٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٩.

(٣) أي استمتاعه بها.

(٤) أي يد عبده أو أمته. انظر: المغني ١٢/ ٣٣٦.

(٥) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٢٢؛ والمغني ١٢/ ٢٣٦.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٢٠.

(٧) وقال به أكثر المالكية. انظر: المغني ١٢/ ٣٤٨؛ وكشاف القناع ٦/ ٩٧؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٨.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن أكرهه غير السلطان حد، وإن أكرهه السلطان لم يحد[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا حد عليه في الموضعين[٢].

فالدلالة على أن الإكراه لا يؤثر في الجملة أن فعل الزنا لا يحصل منه إلا مع الانتشار والشهوة، لأنهما يوجدان مع سكون النفس والطمأنينة، فأما مع الانزعاج وخوف التلف فلا، فإذا وجد منه ذلك علم أن الفعل حصل منه من غير إكراه، وأنه زنى بها مختاراً، فهو مثل: أن يكرهه رجل على الزنا، ثم يقر أنه زنى بها مختاراً، إنه يحد.

/ ولأن الزنا فعل، والإكراه لا يمنع، دليله: القبلة، والإحبال، والرضاع، [٢٣٧] ولا يلزم عليه الإكراه على الكفر[٣]، والطلاق[٤]، والبيع وغيره من العقود، لأن ذلك الإكراه على قول، ولا يلزم عليه الإكراه على شرب الخمر، والسرقة، ولأن في ذلك روايتين، نص عليهما في الشرب، أحدهما: يجب الحد[٥].

والدلالة على أنه يجب الحد وإن كان المكره السلطان: أنه مكره على الوطء، أو مكره على الزنا فلم يمنع وجوب الحد، دليله: إذا أكرهه غير السلطان، ولا يلزم عليه المرأة لقولنا: «مكره» وهذا يستعمل في الرجال.

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩١-٣٩٢؛ وتبيين الحقائق ٣/ ١٨٤.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣١٣.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٢٩٢.

(٤) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٣٥٠.

(٥) انظر: الإنصاف ١٠/ ٢٣١.

ولا معنى لقولهم: إن السلطان يفسق بالإكراه على الزنا، وإذا فسق انعزل، فتبقى دار الإسلام بلا إمام، فإقامة الحدود على الأئمة، فيصير كأنه زنى في دار الحرب، فلا يقام عليه الحد. لأنه ليس من شرط وجوب الحد على الزاني ثبوت يد الإمام على الدار، والحد واجب على الزاني سواء كان الإمام مفقوداً أو موجوداً، ولأنا لا نسلم أنه ينعزل بالفسق[1]، وهذه مذكورة في الأصول.

[١٨٧٧/٤٢] **مسألة:** إذا ظهر بامرأة حرة، أو أمة حمل، ولم يعلم لها زوج، ولا مولى معترف بوطئها وقالت: أكرهت، أو وطئت بشبهة. لم يجب عليها الحد[2].

خلافاً لمالك في قوله: إذا كانت مقيمة ليست بغريبة فإنها تحد ولا يقبل قولها إنها غُصِبَتْ، أو وُطِئَتْ بشبهة إلا أن يكون هناك ظاهرٌ يدل على قولها مثل: أن تجيء تستغيث[3].

(لأنه)[4] لم يوجد من جهتها إقرار، ولا أقامت عليه البينة، أشبه إذا جاءت تستغيث، ولا يلزم عليه إذا شاهدها الإمام تزني، لأنه لا يقيم الحد عليها بعلمه[5].

[١٨٧٨/٤٣] **مسألة:** إذا عزر الإمام رجلاً، فمات منه، فلا ضمان على أحد، وكذلك المعلم إذا ضرب الصبي، فمات، وكذلك الأب إذا ضرب ابنه فلا

---

(١) انظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ص٢٠.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٣٧٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٦٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣١٠.

(٣) انظر: موطأ الإمام مالك ٢/ ٨٢٧، ١/ ٨٩٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٩.

(٤) في المخطوط (ولأنه).

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٣٧٦.

ضمان عليه، وكذلك الزوج إذا ضرب زوجته في النشوز فماتت[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][(٢)]: في الإمام لا ضمان على أحد، وفي الزوجة، والمعلم والأب [عليهم الضمان][(٣)]. [(٤)(٥)]

لأنها عقوبة موضوعة للردع والزجر، فإذا سرت إلى النفس لم يجب الضمان، دليله: إذا ضرب الإمام في حد الزنا، وشرب الخمر، وحد القذف فمات، فإنه لا ضمان عليه[(٦)].

ولا معنى لقولهم: إن الحد مقدر، والتعزير، وضرب الزوج، والمعلم موكول إلى رأي الإمام، والزوج، فإذا تلف منه علم أنه أخطأ في اجتهاده. لأن هذا لا يوجب أن تكون السراية مضمونة بالفصد، والحجامة (والبزاغ)[(٧)][(٨)] والدفع عن نفسه.

[١٨٧٩/٤٤] **مسألة:** التعزير فيما يستحق التعزير مثله واجب[(٩)].

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٢٧ـ٥٢٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٣٨٥؛ وكشاف القناع ٦/ ١٢٦.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٦ـ٤٠٧؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٢١١.

(٥) ذهب المالكية والشافعية إلى وجوب الضمان سواء تعزير الإمام، والزوج، والمعلم إذا أفضى إلى الهلاك. انظر: الذخيرة ١٢/ ١١٩؛ روضة الطالبين ٧/ ٣٨٤.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٥٢٨.

(٧) في المخطوط (النزع) والصحيح ما أثبت. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٦.

(٨) البزغ: هو التشريط، يقال: بزغ الحاجم والبيطار: أي شرط. انظر: لسان العرب، مادة «بزغ».

(٩) وبه قال بعض المالكية. انظر: المغني ١٢/ ٥٢٦؛ وكشاف القناع ٦/ ١٢١؛ والذخيرة ١٢/ ١١٩.

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجب[١].

لأنه ضرب في حق الله تعالىٰ، فكان واجباً كالحد، ولا يلزم عليه ضرب الزوج، لأن ذلك لحق نفسه، وكذلك ضرب الصبي فإن ذلك لحق آدمي، وهو إذا افتأت علىٰ الإمام واستخف جاز تركه إذا عفا عنه، كما يجوز ترك حد القذف بالعفو[٢].

[١٨٨٠/٤٥] **مسألة:** / التعزير يختلف مقداره باختلاف سببه، فإن [٢٣٨] [كان][٣] سببه وطئاً في الفرج كوطء الشريك الأمة المشتركة، ووطء الأب جارية ابنه، أو وطء جارية نفسه بعد أن زوجها، أو وطء جارية امرأته بعد أن أذنت له في وطئها، أو وطء (الأجنبية)[٤] فيما دون الفرج، فإن لا يبالغ به أعلىٰ الحدود، فيعزر مائة إلا سوطاً، ويسقط النفي، وما عدا ذلك[٥] لا يبالغ به أدنىٰ الحدود مثل: أن يسرق نصاباً من غير حرز، أو أقل من نصاب من حرز، أو قبل أجنبية، أو خلا بها، أو شتم إنساناً، أو ضربه فلا يبالغ به أدنىٰ الحدود[٦].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يبالغ به أدنىٰ الحدود[٧][٨].

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٨.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٣٨٦.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) في المخطوط (الأجنبي).

(٥) أي مما ليس سببه الوطء.

(٦) انظر: المغني ١٢/ ٥٢٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٠-٤٨١.

(٧) انظر: ملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٤٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٨.

(٨) ليس هناك فرق بين قول الحنابلة وبين قول الحنفية والشافعية فالقول واحد.

وخلافاً لمالك في قوله: للإمام أن يضرب في التعزير أي عدد أداه اجتهاده إليه[١].

فالدلالة على أنه يزيد على أدنى الحدود إذا كان سببه الوطء ما روى النعمان بن بشير عن النبي ﷺ أنه قال: «في الرجل يأتي جارية امرأته إن كانت أحلتها له جلد مائه، وإن لم تكن أحلتها له رجم»[٢]. ومعلوم أنه أوجب حد المائه على وجه التعزير، لأنه لو كان حداً لرجمه.

ولأن التعزير جعل للردع والزجر، فاختلف باختلاف أسبابه، كالحد يختلف في الزنا مائه[٣]، وفي القذف والشرب ثمانين.

والدلالة على أنه لا يبالغ به الحد: لما روى أبوإسحاق الشالنجي بإسناده، عن الضحاك يبلغ به النبي - أنه قال: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»[٤].

ولأنه ضرب في غير حد، فلم يبلغ به الحد، دليله: ضرب الزوج زوجته والأب ابنه[٥].

---

(١) انظر: الذخيرة ١٢/ ١١٨؛ والشرح الصغير ٦/ ٢٣٥.

(٢) سبق تخريجه في المسألة [٣٧/ ١٨٧٢].

(٣) هذا إذا كان الزاني بكراً.

(٤) رواه البيهقي في الأشربة والحد فيها: باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين. السنن الكبرى ٨/ ٣٢٧. من طريق الشريف أبوالفتح العمري، أنبأ أبوالقاسم عبدالله بن محمد السقطي، ثنا أبوجعفر محمد بن يحيى بن عمر بن علي بن حرب، ثنا علي بن حرب، ثنا أبوداود، ثنا مسعر، عن الوليد، عن الضحاك فذكره مرفوعاً للنبي ﷺ وهذا مرسل. قال البيهقي: والمحفوظ هذا الحديث مرسل.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٥٢٨.

[١٨٨١/٤٦] **مسألة:** المريض لا يؤخر عنه الحد سواء كان يرجىٰ برؤه، أولا يرجىٰ، وإن كان ممن يخاف عليه التلف فإنه يقام عليه بأطراف الثياب وعثكول[١] النخل، وإن كان مما لايخاف عليه التلف أقيم عليه الحد متفرقاً بسوط يؤمن معه تلف النفس، وكذلك الحكم في الضعيف (الضنو)[٢]. [٣]

خلافاً للشافعي في قوله: إن كان يرجىٰ أخر إلىٰ برئه، وإن كان لا يرجىٰ لم يُؤخَّرْ، وأقيم عليه الحد علىٰ الصفة التي ذكرنا[٤].

فالدلالة علىٰ أنه يحد: أن كل ما جاز قتله قصاصا جاز إقامة الحد عليه من غير تأخير، كالمريض الذي لا يرجىٰ برؤه.

ولأنه أحد حَّدي الزنا فلم يجز تأخيره في المرض الذي لا يرجىٰ برؤه، كالرجم.

ولا معني لقولهم: إذا كان لا يرجىٰ برؤه، لم يجز تأخيره، لأنه يفضي إلىٰ إسقاط الحد رأساً، فلم يبق إلا أنه يقام عليه الحد وإذا كان يرجىٰ برؤه.

ولامعنىٰ للتقصير فيه مع رجاء استيفائه بعد البرء، ولأنه لا يمتنع استيفاؤه علىٰ الحال علىٰ وجه التقصير وإن كان يرجىٰ استيفاؤه علىٰ الكمال، كالصلاة يجب

---

(١) العثكال: العذق من أعذاق النخل الذي يكون فيه الرطب. انظر: النهاية في غريب الحديث ٣/ ١٨٣.

(٢) في المخطوط (الحنو) والصحيح ما اثبت. انظر: كشاف القناع ٦/ ٨٢. والضنو: أي المريض الذي نحل جسمه من المرض. انظر: النهاية في غريب الحديث ٣/ ١٠٤.

(٣) وبه قال الحنفية انظر: المغني ١٢/ ٣٢٩ـ٣٣٠؛ وكشاف القناع ٦/ ٨٢؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٤٦.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٧؛ الذخيرة ١٢/ ٨٢.

فعلها بحسب الطاقة، وإن كان يمكنه أداؤها على الكمال في الصحة[١]، وذلك إذا عدم الماء في أول الوقت وكان يرجو وجوده في آخر الوقت جاز له أن يصلي أول الوقت بالتيمم / ولا يؤخر[٢]. [٢٣٩]

[١٨٨٢/٤٧] **مسألة:** يضرب في الحدود الأعضاء كلها إلا الفرج والرأس والوجه[٣].

خلافاً لمالك في قوله: يضرب الظهر وما يقاربه[٤].

لما روى أبو سعيد عن النبي ﷺ قال: «إذا جلد أحدكم أخاه فليجتنب الوجه والفرج»[٥]. فخص ذلك بالمنع.

ولأن ما عدا هذه الأعضاء ليس بمقتل، فجاز تفريق الضرب عليه، دليله: الظهر وما يليه.

[١٨٨٣/٤٨] **مسألة:** يضرب الرجل قائماً[٦].

---

(١) انظر: المغني ٢/ ٥٧٠.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٠/ ٣١٩-٣٢٠.

(٣) وبه قال أبوحنيفة. انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٠٧؛ وكشاف القناع ٦/ ٨١؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٤٣؛ والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤/ ٢٣١.

(٤) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢/ ٢١٨.

(٥) رواه البخاري في العتق: باب إذا ضرب العبد فليتق الوجه (٢٥٥٩) ٢/ ٢٢٣، ومسلم في البر والصلة: باب النهي عن ضرب الوجه (٢٦١٢) (١١٢) ٤/ ٢٠١٦-٢٠١٧.

(٦) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال أبوحنيفة، والشافعية. انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٠٦-٢٠٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٤٥؛ وكشاف القناع ٦/ ٨٠؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٤٢، وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٩.

خلافاً لمالك، والثانية: يضرب جالساً[١].

لأنا قد قلنا: إن الضرب يفرق على بدنه، فجعل لكل عضو قسطاً من الضرب، وإنما يحصل هذا بالضرب قائماً، لأنه متى كان جالساً أو مبطوحاً لم يمكن هذا.

[١٨٨٤/٤٩] **مسألة:** لا يجرد في ضرب الحدود كلها، بل يضرب فيما لا يمنع ألم الضرب، كالقميص[٢].

خلافاً لمالك في قوله: يجرد[٣].

لأن القصد الردع والزجر دون القتل، وفي تجريده ثيابه ربما يأتي على قتله.

[١٨٨٥/٥٠] **مسألة:** لا يحفر (حفرة)[٤] في حد الرجم[٥].

خلافاً للشافعي في قوله: يحفر للمرأة[٦].

(لأنها مرجومة في الزنا، فهي)[٧] كالرجل.

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٥٩؛ وكتاب التمام ٢/ ٢٠٦.

(٢) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٥٠٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٤٥؛ وكشاف القناع ٦/ ٨٠؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٤٢، والاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤/ ٢٣١.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٥٩؛ والذخيرة ١٢/ ٨٢.

(٤) في المخطوط (بئر).

(٥) وبه قال أبو حنيفة، ومالك في حق الرجل، وروى عنهما في المرأة أنه لا بأس الحفر لها. انظر: المغني ١٢/ ٣١١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٤٧؛ وكشاف القناع ٦/ ٨٤؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٤٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٢٠.

(٦)) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣١٦.

(٧) في المخطوط (لأنه مرجوم في الزنا، فهو).

ولا معنى لقولهم: إن المرأة عورة، لأنه كان يجب أن يجلد على الذي يرجم[1].

[١٨٨٦/٥١] **مسألة:** الضرب في الزنا أشد منه في القذف، وفي الشرب، والضرب في القذف أشد منه في الشرب[2][3].

خلافاً لمالك في قوله: الضرب في الحدود كلها سواء[4].

لأن حد الزنا لما زاد على غيره في المقدار، جاز أن يزيد في الصفة.

---

(١) هكذا بالأصل ويظهر لي أن فيه سقط في الكلام.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٥١١؛ وكشاف القناع ٦/ ٨١.

(٣) عند الحنفية أن أشد الضرب هو التعزير، ثم الجلد في الزنا، ثم في الشرب، ثم في القذف. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٣.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٥.

كتاب القطع[١]

[١٨٨٧/١] **مسألة:** يقطع السارق في ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، أو قيمة ثلاثة دراهم من العروض[٢].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٣]: لا يقطع في أقل من عشرة دراهم[٤].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يقطع [في أقل][٥] من ربع دينار، أو ما قيمته ربع دينار من دراهم وغيرها[٦].

فالدلالة على وجوب القطع في ربع دينار: ما روت عائشة عن النبي ﷺ قال: «القطع في ربع دينار فصاعدا»[٧] وفي لفظ آخر: «يقطع السارق في ربع

(١) القطع: مصدر قطع يقطع قطعا. والسرقة: من سرق يسرق سرقاً، وسرقة، فهو سارق، والشئ المسروق، وصاحبه: مسروق منه، قال الجرجاني: هي في اللغة: أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية. انظر: الدرالنقي ٣/ ٧٥٤؛ والتعريفات ص ١٥٦.

وشرعاً: أخذ مال محترم لغيره، وإخراجه من حرز مثله، لا شبهة له فيه، على وجه الإختفاء. انظر: الإقناع للحجاوي ٤/ ٢٧٤.

(٢) وبه قال الإمام مالك. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٢٩؛ والمغني ١٢/ ٤١٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٢٥؛ والإستذكار ٢٤/ ١٥٥-١٥٦.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٩١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٨.

(٥) ساقط من المخطوط. انظر: الأم ٦/ ١٥٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٢٦.

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) رواه البخاري في الحدود: باب قول الله تعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» وفي كم يقطع (٦٧٨٩) ٤/ ٢٤٩؛ ومسلم في الحدود: باب حد السرقة ونصابها (١٦٨٤) (١)، (٢)، (٣) ٣/ ١٣١٢-١٣١٣.

دينار فصاعداً»[١].

ولأن النصف دينار (والثلاثة)[٢] دراهم مقدار يجب فيه الزكاة بانفراده، فجاز أن (يقطع)[٣] بسرقته، كالدينار، ولا يلزم عليه ما دون الربع، ودون الثلاثة، لأنه لا تجب (فيه)[٤] الزكاة بانفراده، وإذا ثبت هذا في النصف والخمس ثبت في الربع والثلاث، لأن أخذنا ما فضل[٥].

والدلالة على أنه يقطع بسرقة ثلاثة دراهم وإن لم تبلغ قيمتها ربع دينار لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم»[٦].

ولايصح قولهم: إن قيمة الثلاثة ربع دينار. لأنه إن لزمنا هذا لزمك مثله في قوله: لا قطع إلا في ربع دينار إذا كان قيمته ثلاثة دراهم، وعلى أن هذا يقتضي تعليق الحكم بغير السبب المنقول، لأن / السبب سرقة ما قيمته ثلاثة [٢٤٠] دراهم، فاقتضى تعليق الحكم الذي هو القطع بذلك.

---

(١) رواه البخاري في الحدود: باب قول الله تعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» وفي كم يقطع (٦٧٨٩) ٤/ ٢٤٩؛ ومسلم في الحدود: باب حد السرقة ونصابها (١٦٨٤) (١)، (٢)، (٣) ٣/ ١٣١٢-١٣١٣.

(٢) في المخطوط (والخمسة) ولعل الصحيح ما أثبت، لأن سياق الكلام يؤيده، وكذلك المسألة هذه.

(٣) في المخطوط (يسقط) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٤) في المخطوط (في) والصحيح ما أثبت.

(٥) هكذا بالمخطوط ولم تتضح لي.

(٦) رواه البخاري في الحدود: باب قول الله تعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» وفي كم يقطع (٦٧٩٥)، (٦٧٩٦)، (٦٧٩٧)، (٦٧٩٨) ٤/ ٢٤٩-٢٥٠؛ ومسلم في الحدود: باب حد السرقة ونصابها (١٦٧٩) (٦) ٣/ ١٣١٣.

ولأن الدراهم أحد نوعي الأثمان، فكانت أصلاً في (نصاب)[١] القطع، كالذهب، وكل حكم علق على الذهب فاعتبر فيه نصاب من الذهب اعتبر فيه نصاب من الورق، كالزكاة، والدية[٢].

[١٨٨٨/٢] **مسألة:** إذا سرق ربع دينار تبراً[٣] وثلاثة دراهم نقرة[٤] قطع[٥].

خلافاً لأبي حنيفة، وبعض الشافعية في قولهم: لا قطع إذا لم تساو عشرة دراهم[٦].

لأن القطع حق لله تعالىٰ، فإذا تعلق بمضروب الذهب تعلق بتبره، كتحريم الزنا، وإيجاب الزكاة، ولايلزم عليه تقويم الأشياء وجعلها أثماناً، لأن ذلك يتعلق بحق آدمي.

[١٨٨٩/٣] **مسألة:** يجب القطع بسرقة ما يسرع إليه الفساد، نحو: اللحم، والمرق، والفاكهة الرطبة، والألبان، ونحوها[٧].

---

(١) في المخطوط (نصف) والصحيح ما أثبت.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٤١٨.

(٣) التِّبرُ: الذهب والفضة، أو فتاتهما قبل أن يصاغا. انظر: مختار الصحاح، والقاموس المحيط، مادة «تبر».

(٤) النقرة: هي القطعة المذابة من الذهب والفضة. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٦٦.

(٥) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢١؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٢؛ والذخيرة ١٢/ ١٤٦.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٢٨٣٢٧.

(٧) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٨٣-٤٨٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٣٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٦.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب القطع[١].

لأنه نوع مال يتمول في العادة، فوجب أن يتعلق القطع بسرقته، دليله: سائر الأموال التي لايسرع إليها الفساد، ولا يلزم عليه سرقة الماء أنه لا قطع فيه، لأنه لا يتمول في العادة، ولايلزم عليه (المصحف)[٢]، لأنه يجب القطع بسرقته على قول أبي إسحاق[٣]، ولايلزم عليه إذا سرق عبداً، لأن القطع يتعلق بسرقته في موضعين، أحدهما: إذا كان صغيراً، والثاني: إذا كان كبيراً نائماً فاحتمله.

يبين صحة هذا: أن القطع جعل لحراسة المال وحفظه على مالكه من السراق، وهذا النوع من المال يحتاج إلى الحفظ والحراسة، لأن نفوس السراق تدعو إلى أخذه وسرقته.

ويبين صحة هذا: أنه في حال رطوبته ألذ وأشهى وثمنه أكثر منه في حال يبوسته، ثم ثبت أنه يقطع في حال يبوسته فأولى أن يقطع في حال رطوبته.

ولامعنى لقولهم: إنه في حال جفافه لا يسرع إليه الفساد، وحال رطوبته يسرع إليه. لأن القز مما يسرع الفساد إليه، لأن الدود الذي فيه يثقبه ويخرج منه، وإذا ثقبه وخرج منه فسد فلا ينسل في القدر، ولا يحصل ليطبخ، ويغزل ويحشى به المخاد وتذهب قيمته، وكذلك إذا ترك الثياب الخز، والورق في السرداب، فإنه

---

(١) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٩٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٠.

(٢) في المخطوط (القطع) والصحيح ما أثبت. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٦.

(٣) هو: إبراهيم بن أحمد بن عمر بن حمدان بن شاقلا، أبوإسحاق حنبلي المذهب؛ انظر: المنهج الأحمد ٢/ ٦٣-٦٥، وانظر قوله في المغني ١٢/ ٤٢٦.

يسرع الفساد إليه ويقطع بسرقته، لأن الاعتبار في القطع بحال السرقة دون ما يطرأ بعده، بدليل: البهيمة المريضة، والذي عقرها السبع الغالب عليه الموت، ويجب القطع بسرقته.

[١٨٩٠/٤] **مسألة:** يجب القطع بسرقة الصيود المملوكة من حرزها[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقطع في شيء من الصيد[٢].

لأنه نوع من مال يتمول في العادة، فوجب أن يكون في سرقته قطع، أصله: سائر الأموال، يبين صحة هذا: أنه إنما جعل القطع في سرقة المال حراسة للمال، وهذا النوع من المال يحتاج إلىٰ الحراسة/ . [٢٤١]

ولأن الاعتبار في القطع بصفة الحال في حال السرقة لا ما قبله، ألا ترىٰ أنه لو كان مضطراً إلىٰ مال غيره، فكان مباحاً له أخذه فأكله، فزالت الضرورة، ثم سرق مال غيره، وجب قطعه، وكذلك إذا كان لغيره مال، فأباحه له، ، ثم رجع عن الإباحة، فسرق منه بعد رجوعه عن الإباحة، وأعلمه بالرجوع، وجب قطعه.

[١٨٩١/٥] **مسألة:** يجب القطع بسرقة الخشب إذا بلغت قيمته ثلاثة دراهم[٣].

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٤؛ وكشاف القناع ٦/ ١٢٩؛ والذخيرة ١٢/ ١٤٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٦.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٠؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٤٥.

(٣) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٤؛ وكشاف القناع ٦/ ١٢٩؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣٣٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٦.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقطع إلا في الساج[١]، والصندل[٢]، والآبنوس[٣]، والقنا[٤]. [٥]

لأنه نوع مال يتمول في العادة، فتعلق القطع بسرقته، كسائر الأموال.

ولامعنى لقولهم: إنه مباح الأصل [ ][٦] لأن الاعتبار بحال السرقة دون ما قبلها، ولأنه إذا أحرزه فقد ملكه[٧]، وصار مالاً، وحرم على كل واحد تناوله إلا بإذنه.

[١٨٩٢/٦] **مسألة:** سارق الثمار المتعلقة عل النخل والشجر إذا لم يكن في حرز يسقط القطع ويغرم القيمة مرتين[٨].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: عليه قيمته لا زيادة عليها[٩].

لما روى عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه سئل عن الثمر المتعلق فقال: «من

---

(١) الساج: هو خشب أسود رزين يجنب من بلاد الهند ولا تكاد الأرض تبليه. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٧٢.

(٢) الصندل: شجر طيب الرائحة. انظر: مختار الصحاح، مادة «صندل».

(٣) الآبنوس: خشب أسود رزين يجلب من بلاد الهند ولا تكاد الأرض تبليه، وهو مثل الساج إلا أنه أكثر سواداً منه. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٧٢.

(٤) القنا: بالفتح والقصر هو الرمح. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٧٢.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٤٥.

(٦) كلمة لم تتضح بالصورة.

(٧) إحراز المباح سبب لتملكه.

(٨) انظر: المغني ١٢/ ٤٣٨؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٩.

(٩) منهم الشافعية. انظر: حلية العلماء ٨/ ٥٤.

أصاب بفيه من ذي الحاجة غير متخذ خبنة[١] فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة»[٢]. وهذا نص.

وروي أن رقيقاً لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فنحروها، فرفع ذلك إلىٰ عمر فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم قال عمر: والله إني لأراك تجيعهم ولكن والله لأغرمنك غرماً يشق عليك، فقال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ فقال: أربعمائة درهم. فقال: أغلظه ثمانمائة درهم»[٣]. وهذا نظير لمسألتنا، لأن هذه سرقة لا يجب فيها القطع لأجل المجاعة، وقد أضعف عمر فيها الغرم، وفي هذا دلالة علىٰ أن السرقة في عام (المجاعة)[٤] تتضاعف القوة فيها علىٰ قول أحمد.

ولأن الثمار في العادة إذا لم يكن عليها حائط، ولا حافظ، فإن اليد تسبق إليها، ويتسارع الناس إلىٰ أخذها، فجاز أن يغلظ عليه في القيمة ليكون ردعاً وزجراً، كما غلظ عليه بالقطع إذا أخرجها من حرزها، ويفارق هذا سائر المواضع

(١) أي لا يخبأ منه في حجرته. انظر: غريب الحديث لابن الجوزي ١/ ٢٦٣-٢٦٤.

(٢) رواه أبوداود في الحدود: باب ما لا قطع فيه، (٤٣٩٠) ٤/ ١٣٥، والنسائي في قطع السارق: الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (٧٤٤٦/ ١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٤/ ٣٤٤. وقد حسنه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٦٩.

(٣) رواه عبدالرازق في اللقطة: باب سرقة العبد (١٨٩٧٧)، (١٨٩٧٨). من طريق ابن جريج ومعمر، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن يحيىٰ بن عبدالرحمن بن حاطب موقوفاً علىٰ عمر. المصنف ١٠/ ٢٣٨-٢٣٩. وإسناده صحيح، ورواه البيهقي في كتاب السرقة: باب ما جاء في تضعيف الغرامة. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٢٧٨.

(٤) في المخطوط (الجماعة) والصواب ما أثبت.

التي يسقط القطع بسرقتها أنه لا يغلظ عليه في الغرامة، لأن تلك في العادة محروزة، فاليد لا تسرع إليها، فجاز أن لا يعاقب في الغرامة.

[١٨٩٠/٧] **مسألة**: يجب القطع على جاحد[١] العارية[٢][٣].

خلافاً لأكثرهم وأبي إسحاق: لا قطع[٤].

لما روي عن ابن عمر قال: كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها»[٥]. وروي في الخبر حكم وهو القطع، وسبب هو الجحد، فدل على أن الحكم بذلك، كما لو قال: إن امرأة كانت تزني فحدها رسول الله ﷺ، أو تسرق فقطعها رسول الله ﷺ، فإنه يقتضي أن الحد والقطع لأجل ذلك.

ولا معنى / لقولهم: إنه قد روي في بعض الألفاظ أن امرأة مخزومية كانت [٢٤٢] تستعير الحلي وتجحده، وسرقت، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها»[٦]. فخص القطع

(١) الجحود هو: الإنكار مع العلم. انظر: مختار الصحاح، مادة «جحد».

(٢) العارية: هي العين المأخوذة للانتفاع بلا عوض. انظر: كشف المخدرات ٢/ ٢٥.

(٣) هذا هو المذهب عن الحنابلة. انظر: المغني ١٢/ ٤١٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٨٢-٤٨٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٣٠.

(٤) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٨؛ ومغني المحتاج ٤/ ١٧١؛ والمغني ١٢/ ٤١٧.

(٥) رواه مسلم في كتاب الحدود: باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود (١٦٨٨) (١٠). صحيح مسلم ٣/ ١٣١٦.

(٦) رواه أبوداود في الحدود: باب في القطع من العارية إذا جحدت (٤٣٩٥)، (٤٣٩٧) ٤/ ٥٥٥-٥٥٧. والنسائي في قطع السارق: ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر الزهري في المخزومية التي سرقت (٧٣٨١١). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٣٣٢.

لأجل السرقة. لأنه إن صح هذا احتمل أن يكون ذلك في امرأة أخرىٰ غير التي ذكرناها، أو في امرأة واحدة لكن في قضيتين يدل علىٰ ذلك: ما روىٰ أحمد باسناده عن يحيىٰ يعني بن سعيد الأنصاري أنه سمع سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار يذكران امرأة جاءت إلىٰ قوم فذكرت أن قوماً أرسلوها تستعير حلياً أو ثياباً، أو بعض ما يستعير الناس، فأنكرت أن تكون أخذت منهم شيئاً، فوجد المتاع عندها، فرفعت إلىٰ النبي ﷺ فأمر بقطع يدها»[١]. وروىٰ أبوحفص ابن شاهين في كتاب الحدود باسناده عن مسعود بن الأسود قال: لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ قال: أعظمنا ذلك، وكانت امرأة من قريش، فجئنا إلىٰ النبي ﷺ فكلمناه، فقال: «تطهر خير لها»[٢]. وهذا يدل علىٰ أنها قصتان، لأن في اللفظ الأول: جاءت إلىٰ قوم فذكرت أن قوماً أرسلوها تستعير حلياً أو ثياباً، وفي اللفظ: أنها سرقت قطيفة من بيت النبي ﷺ، ففي الأول ذكرت أن قوماً أرسلوها، وهذا يقتضي غير أهل النبي ﷺ وأن المتاع كان حلياً وثياباً، والثاني: سرقت قطيفة من بيت النبي ﷺ.

ولأن القطع حكم تعلق بالسارق، فتعلق بجاحد العارية، كالضمان، ومنع

(١) رواه أبوداود في الحدود: باب في القطع من العاربة إذا جحدت (٤٣٩٥)، (٤٣٩٧) ٤/ ٥٥٥-٥٥٧. والنسائي في قطع السارق: ذكرا اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر الزهري في المخزومية التي سرقت (٧٣٨١١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٤/ ٣٣٢.

(٢) رواه أبوداد في الحدود: باب في الحد يشفع فيه (٤٣٧٤) ٤/ ١٣١، وابن ماجة في الحدود: باب الشفاعة في الحدود (٢٥٤٨) ٢/ ٨٥١، والحاكم في الحدود (٨١٤٧/ ١٢٤). المستدرك علىٰ الصحيحن ٤/ ٤٢١. وقد صححه الذهبي في التلخيص. انظر: التلخيص بهامش المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ٤٢١.

التصرف في العين.

ولا معنى لقولهم: إن الضمان أوسع، لأنه يلزم الغاصب والمنتهب وما دون النصاب، ولا يتعلق بذلك قطع. لأنه قد يجب القطع ولا يجب الضمان، وهو إذا وهبت للسارق العين المسروقة، فإنه يقطع ولا غرم عند الشافعي [1]، وكذلك المحجور عليه إذا أقر بسرقة عين في يده، فإنه يقطع فيها ولا يغرم، وكذلك الردء في المحاربة يقطع ولا يغرم.

ولا معنى لقولهم: إنما تساويا في حق السارق لوجود شرط القطع، وهو الإخراج من الحرز، وهاهنا لم يوجد شرط القطع، وهو هتك الحرز، لأن شرط القطع عندنا شيئان، أحدهما: هتك الحرز، والثاني: الجحد[2]. وهذا كما يجب قتله بالردة، ويجب بالمحاربة، ويجب (بالزنا)[3]، ولا يقال: إنه إذا لم يوجد لم يشترط، وعلى أن المحارب يلزمه القطع وإن لم يوجد هتك الحرز.

ولأنه قطع يجب لأخذ مال، أو قطع يجب لحق الله، فلم يقف على الأخذ في حقه، دليله: القطع في المحاربة، ولايلزم عليه غير الجاحد، لأن التعليل لجملة النوع.

ولا معنى لقولهم: إن القطع في المحاربة الخفية غير معتبر فيه، والقطع بالسرقة الخفية معتبر فيه، لأنا لا نقول: إن هذا سارق حتى يفيد، ثم شرط القطع الذي هو

(١) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٣٠.

(٢) رجح ابن قدامة أن جاحد العارية لاقطع عليه، وهو رواية عن الإمام أحمد. انظر: المغني ١٢/ ٤١٧.

(٣) في المخطوط (بال) ولعلها ما أثبت.

الخفية، بل نقول: إن (الجحد)[١] يتعلق به القطع كما يتعلق بالمحاربة، وكما يتعلق بأخذ المال في خفية.

[١٨٩٤/٨] **مسألة:** إذا اشترك الجماعة في سرقة نصاب قطعوا / سواء كان [٢٤٣] من الأشياء الثقيلة التي تحتاج إلى تعاون، كالساج ونحوها، أو كان من الأشياء الخفيفة، كالثوب ونحوه، وسواء اشتركوا في إخراجه من الحرز دفعة واحدة، أو انفرد كل واحد منهم بإخراج شيء، فكان مجموعه نصابا[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، و الشافعي في قولهما: لا تقطع[٣]. [٤]

لأن النصاب عين لو انفرد الواحد بسرقتها وجب عليه القطع، فإذا اشترك فيه الجماعة، جاز أن يلزمهم القطع، دليله: إذا كان قيمة ذلك (نصاباً في حق كل واحد من)[٥] السراق.

ولأن القطع عقوبة على البدن يلزم الواحد إذا انفرد بسببها، فجاز أن يلزم

(١) في المخطوط (الحد) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٥؛ والمغني ١٢/ ٤٦٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٥٧.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٠٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٢٩.

(٤) مذهب المالكية في هذه المسألة: إن ناب كل واحد نصاب قطعا استقل كل واحد بإخراجه أم لا، وإن لم ينب كل واحد نصاب، بل ناب كل واحد أقل من نصاب، فإن استقل كل واحد بإخراجه من الحرز فلا قطع وإلا فالقطع عليهم. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٣٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٣٥.

(٥) كلمتان أو ثلاث لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله، ولعلها ما أثبت. وينظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٥.

الجماعة إذا اشتركوا في سببها، دليله: القصاص[١]، ولا يلزم عليه إذا اشتركوا في قتل صيد أنه يلزمهم جزاء واحد[٢]، لأنها عقوبة في المال.

ولأن القطع يجب بأمرين، هتك الحرز، وإخراج النصاب[٣]، ثم ثبت أن الاشتراك في هتك الحرز جار مجرىٰ الانفراد به في إيجاب القطع علىٰ كل واحد منهم، كذلك في باب النصاب يجب أن يجري مجرىٰ النفراد به.

ولأنها عين لو انفرد بها قطع، فإذا شارك غيره فيها قطع، أصله: قطع يد الغير.

[**١٨٩٥/٩**] **مسألة:** إذا اشترك الجماعة في نقب ودخلوا الحرز وأخرج بعضهم نصاباً، ولم يخرج الآخر، فالقطع علىٰ جماعتهم[٤].

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][٥]: لا قطع علىٰ من لم يُخْرِج، وإنما يجب علىٰ من أَخْرَج[٦]. [٧]

لأن الحد يتعلق بالمقصود من كل نوع، وليس المقصود في السرقة حمل المال،

(١) انظر: المغني ١١/ ٤٩٠.

(٢) انظر: المرجع السابق ٥/ ١٨١.

(٣) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٤١٨.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٤٦٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٨؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٣.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٢٩.

(٧) قال السمرقندي الحنفي: القياس أن لا يقطع غير الحامل، وفي الاستحسان: يقطعون. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٥٢.

وإنما المقصود هتك الحرز والتمكين من أخذ المال، ولهذا يحمل المال أصاغرهم، ولا يلزم على هذا من نقب ووقف خارج الحرز بجميعهم أنه لا قطع عليه، لأن هذا لم يحصل منه هتك، لأن الهتك يحصل بالدخول دون النقب، بدليل: أن باب الدار إذا كان مفتوحاً، فدخله السارق وجب عليه القطع بأخذ المال وإن لم يهتكه بفتحه ونقبه(١).

(ولأنه) (٢) حكم يتعلق بأخذ المال يحتاج فيه إلى المعاونة، فجاز أن يشارك المباشر من لا يباشر، كالغنيمة(٣)، وعلى هذا نقول في الردة في قطع الطريق تجري عليهم الأحكام لهذه العلة، ولا يلزم عليه إذا وقف خارج الحرز، لأنا عللنا لجواز تعلق القطع بغير المباشر، ولا يلزم من جهة المعنى، لأن الخارج لا يوجد منه المنعه الكاملة، لأنه قريب من الهرب، ولهذا المعنى لم تستحق المرأة السهم الكامل، لأنه لم يحصل بها منعة كاملة(٤).

[١٠/١٨٩٦] **مسألة**: إذا اشترك اثنان في نقب، ودخل أحدهما وأخرج المسروق، وناوله الآخر خارج الحرز، فالقطع على الداخل دون الخارج، [لأنه](٥)

---

(١) إذا كان الباب مفتوحاً ولم يكن في الدار حافظ لم يكن المال محرزاً إلا إذا كان في خزائن مغلقة. انظر: المغني ١٢/ ٤٣١.

(٢) في المخطوط (ولان).

(٣) تكون لمن حضر القتال قاتل أو لم يقاتل. انظر: الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٥.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٩٢.

(٥) ساقط من المخطوط.

رمىٰ به إليه فأخذه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قطع علىٰ واحد منهما[٢].

لأنه سارق لنصاب من حرز مثله لا شبهة له فيه، / فلزمه القطع إذا كان من [٢٤٤] أهله، كما لو خرج ويده عليه. وكل سارق يوجد بسرقته بعد إخراجها من حرزها لزمه القطع، فلزمه وإن اخذت، كما لو أخرجها من الحرز، ثم أخذها صاحبها منه.

ولأن القطع حد، والحدود معتبرة بحال وجوبها دون ما يحدث بعد ذلك، وأخذها منه حصل بعد ذلك، فلا يؤثر في القطع.

[١٨٩٧/١١] **مسألة:** فإن اشترك اثنان في النقب، فدخل أحدهما ونزل المتاع بقرب النقب، وأدخل الآخر يده فأخذه، فهما جميعاً سارقان يقطعان[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قطع علىٰ واحد منهما[٤].

وخلافاً لمالك في قوله: القطع علىٰ الخارج[٥].

فالدلالة علىٰ أبي حنيفة: أن من أدخل يده فقد أخرج نصاباً من الحرز، أشبه إذا دخل الحرز.

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٧٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٩؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٣-١٣٤؛ والذخيرة ١٢/ ١٧٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٤٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٥؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٤٨.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٤٦٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٨-٤٨٩؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٣.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٥؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٤٨.

(٥) وبه قال الشافعي. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٤٧.

ولأنهما قد اشتركا في هتك الحرز، أحدهما بالدخول، والآخر بإدخال يده وإخراج النصاب، وانفرد أحدهما بالإخراج، فوجب القطع عليهما، كما لو دخلا جميعاً وأخرج أحدهما، فإن القطع عليهما جميعاً.

والدلالة على مالك، والشافعي: ما تقدم في المسألة قبلها، وهو إذا دخلا الحرز وأخرج أحدهما أنهما يقطعان، وهو أن المقصود هتك الحرز والتمكين من أخذ المال، وقد وجد هذا من الداخل في الحرز، والقياس على سهم الغنيمة[(١)].

[١٨٩٨/١٢] **مسألة:** فإن نقب وحده، ودخل الحرز، ورمى المتاع خارج الحرز قطع[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقطع[(٣)].

لأنه مخرج المتاع من الحرز، أشبه إذا أخرجه بيده.

[١٨٩٩/١٣] **مسألة:** إذا سرق ما قيمته نصابا، ثم نقص عن النصاب قبل القطع لم يسقط القطع[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يسقط القطع[(٥)].

---

(١) وهو أنه يشترك في الغنيمة من حضر القتال سواء قاتل أو لم يقاتل، فالحاضر يشارك المقاتل في الغنيمة.

(٢) وبه قال مالك، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٧٠؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٣؛ والذخيرة ١٢/ ١٧٠، وروضة الطالبين ٧/ ٣٤٨.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٥١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٥.

(٤) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٢-١١٣٣؛ والمغني ١٢/ ٤٥٣؛ والذخيرة ١٢/ ١٤٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٢٩.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٥٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٩.

لأنه نقص حدث بالمسروق بعد إخراجه من حرزه، فلم يسقط القطع [به][(١)]، كما لو نقصت العين بفعله، بأن أتلف بعضها بحرق أو غيره.

(ولأن)[(٢)] شرائط القطع يعتبر وجودها في حال السرقة، ولا يعتبر بعدها، ألاترىٰ أن الحرز يعتبر في حال الأخذ، ولا يعتبر في الثاني، فلو انهدم الحرز بعد ذلك لم يؤثر في القطع، وكذلك لو حدثت شركة بين السارق والمسروق منه لم يؤثر في القطع، وكذلك لو تلف جزء من العين بعد الإخراج، يبين صحة هذا: لو زادت قيمته بعد السرقة فبلغت نصاباً لم يقطع اعتباراً بحالة الوجوب، ولايلزم عليه رجوع الشهود، وفسقهم، وردتهم قبل القطع أنه يمنع القطع[(٣)]، لأن حدوث ذلك يمنع ثبوته في الابتداء، ونقصانه لا يمنع الكمال في الابتداء فهو كخراب الحرز، والشركة، ونقصان جزء منه.

[١٤/١٩٠٠] **مسألة:** إذا سرق نصاباً ثم وهب له، أو ملكه بابتياع، أو إرث أو غير ذلك لم يسقط القطع[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يسقط القطع[(٥)].

لأن الملك معنى حدث في المسروق بعد وجوب القطع، فلم يسقط مع بقاء

(١) ساقط من المخطوط. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٣.

(٢) في المخطوط (ولأن من) ومن يظهر لي زائدة.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٢٤٥.

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٢؛ والمغني ١٢/ ٤٥١-٤٥٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٧؛ والذخيرة ١٢/ ١٥١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٠.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٥٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٩.

محله. دليله: تلف المسروق أو نقصه.

وفيه احتراز من رجوع الشهود، / أو المقر، أو فسقهم، لأنا نتبين هناك أن [٢٤٥] الفعل لم يثبت، والقطع ما وجب، فلا يكون المعنى الحادث مسقطاً، وإنما نتبين أن القطع لم يجب عليه، ولايلزم عليه إذا سقط محل القطع بالأكلة، أو بالجناية عليها[١]، لأنه قد فات محله.

ولأن الهبة والبيع معنى يسقط المطالبة بالمسروق، أو يوجب البراءة منه، فوجب ألا يسقط القطع، أصله: رد المسروق على المسروق منه بعد الترافع إلى الحاكم وحكمه بالقطع، وإنما قسنا عليه بعد الترافع، (لأنا)[٢] نقول: لو كان الرد قبل الترافع لم تقطع عنده[٣].

ولأن حدوث الملك بعد وجوب الحد لا يعتبر حكمه، كما لو زنى بحرة، ثم تزوجها، أو بأمة ثم ملكها.

ولأن الاعتبار في الحدود بحالة وجوبها دون ما يطرأ بعد الوجوب، بدليل: خراب الحرز، وتلف المسروق، والاشتراك في المسروق كل هذه الأشياء لو كانت موجودة للآخذ لم يجب القطع[٤]، ولو طرأ لم يسقط القطع، كذلك طريان الملك، ولايلزم عليه رجوع الشهود، وفسقهم، ورجوع المقر، لأنا قد تبينا أن تلك

---

(١) انظر: الإقناع للحجاوي ٤/ ٢٨٦.

(٢) في المخطوط (لأنه).

(٣) أي أن من سرق سرقة فردها إلى مالكها قبل الرفع للحاكم لم يقطع عند أبي حنيفة. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٩.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٤٥٣.

الأشياء تقدح في وجوب الفعل وإيجاب القطع، فلهذا لم يجب.

[**١٩٠١/١٥**] **مسألة:** إذا سرق حراً صغيراً لا تمييز له لم يلزمه القطع[١].

خلافاً لمالك، والثانية: يقطع[٢].

لأنه حيوان لا يضمن باليد، فلم يجب القطع بسرقته، كالحر الكبير، يبين صحة هذا: أنه لو وجب بسرقة الحر الصغير لوجب بسرقة الحر الكبير النائم، كما يجب بسرقة (العبد)[٣] الكبير النائم.

[**١٩٠٢/١٦**] **مسألة:** سارق المصحف لا قطع عليه. ذكره أبوبكر، ولم يفرق بين أن يكون محلىً أو غير محلىً[٤].

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][٥]: يقطع سواء كان محلىً أو غير محلىً إذا بلغ قيمته ربع دينار[٦].

لأن له شبهة في تناول هذه العين، فلم يقطع بسرقتها، كمال بيت المال، والعود، والمزمار، والشبهة في المصحف أخذه عند الحاجة ليقرأ فيه، وفي

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٨٥؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٠، والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١١، وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٠.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧١؛ والمغني ١٢/ ٤٢٢.

(٣) في المخطوط (الحر) والصحيح ما أثبت. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٢.

(٤) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٥؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٠؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٤؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٩٨.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: المدونة ٤/ ٤١٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٦.

المزمار[١] يتناوله ليكسره، وفي مال بيت المال يأخذه لشبة الملك عند الحاجة.

ولأنه مختلف في جواز بيعه[٢]، فأشبه إذا سرق كلباً[٣]، أو خمراً[٤]، يبين صحة هذا: أن كثيراً من السلف منعوا بيعه، ولايلزم عليه جلود الميتة إذا دبغت وعمل منها آلات، والعاج إذا عمل منه آلات أنه يقطع فيه، وإن كان مختلفاً في جواز بيعه، وبالمدبر، والمكاتب.

[١٧/١٩٠٣] **مسألة:** يقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر[٥].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا يقطع[٦].

لأن من وجب ستر عورته وجب القطع في سرقة ستره، أصله: الحي.

ولأن القطع حكم يتعلق بالسرقة، فجاز أن يتعلق بالكفن، أصله: الضمان.

[١٨/١٩٠٤] **مسألة:** / يجب القطع على من سرق من باب الكعبة[٧]. [٢٤٦]

---

(١) والعود.

(٢) كره بيع المصحف ابن عمر، وابن عباس، والإمام أحمد، ورخص في بيعه الحسن، والحكم، وعكرمه، والشافعي، وأصحاب الرأي. انظر: المغني ٦/ ٣٦٧.

(٣) بيع الكلب عند الحنابلة باطل، وجوز بيعه الحنفية. انظر: المغني ٦/ ٣٥٢.

(٤) أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز، وقال أبو حنيفة: يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشرائها. انظر: المغني ٦/ ٣٢٠، وملتقى الأبحر ٢/ ٢٣.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال مالك، والشافعي. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٣؛ والمغني ١٢/ ٤٥٥-٤٥٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٤٩-٣٥٠؛ والذخيرة ١٢/ ١٦٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٤٣.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٢؛ وكتاب التمام للقاضي أبي الحسين ابن القاضي أبي يعلى ٢/ ٢٠٩.

(٧) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٣٢؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٤.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قطع عليه[١].

لأن خياطتها عليها حرزها، وإذا كان كذلك فقد سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه، فوجب القطع إذا كان من أهل القطع، دليله: إذا كان له مالك معين، وذلك أنه لا حق لأحد فيها بمنفعة، وإنما تراد للزينة، وإكرام البيت، ولايلزم عليه إذا سرق من بيت المال، لأن له فيه شبهة، وهو الانتفاع به، وكذلك المصحف له فيه شبهة، وهو الانتفاع به من الوجه الذي (قدمنا)[٢]، وكذلك بواري المسجد له فيها شبهة، وهو الإتفاع بها.

[**١٩٠٥/١٩**] **مسألة:** إذا سرق في الدفعة الثالثة لم يقطع ولكنه يحبس حتىٰ يجدد توبة[٣].

خلافاً لمالك، والشافعي، والثانية: يقطع[٤].

لأن في قطع اليسرىٰ إبطال منفعة البطش في حق الله تعالىٰ[٥]، فوجب أن لا يجوز قياساً علىٰ المرة الثانية، وإلىٰ هذا أشار علي[٦]، ولايلزم عليه القتل في المحاربة أنه يجوز وإن كان فيه إبطال الجملة، لأن

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٧٤.

(٢) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله، ولعلها ما أثبت.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣١؛ والمغني ١٢/ ٤٤٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/٤٩٨-٤٩٩؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٩٦.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٩؛ والمغني ١٢/ ٤٤٦.

(٥) بخلاف ما لو كان القطع حقاً للآدميين كالقصاص، فإنه تقطع يده ولو بقي بدون يد.

(٦) بقوله: إني أستحي من الله تعالىٰ أن لا أدع له يداً يبطش بها. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣١، وهذا الأثر رواه عبدالرازق في اللقطة باب قطع السارق (١٨٧٦٤) المصنف ١٠/ ١٨٦، وابن أبي شيبة في الحدود في السارق=

التعليل يقتضي أن يكون هناك حق باق لله تعالىٰ، فبطل الحد، وبالقتل لا يبقىٰ له حق، وكل عضو لا يقطع في المرة الثانية لا يقطع في المرة الثالثة، قياساً علىٰ الأنف وسائر الأعضاء.

[١٩٠٦/٢٠] **مسألة:** إذا سرق عيناً فقطع بسرقتها، ثم عاد فسرقها قطع[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقطع[(٢)].

لأنه فعل يوجب الحد، فوجب أن يكون تكرره في عين واحدة كتكرره في أعيان، أصله: الزنا[(٣)].

[١٩٠٧/٢١] **مسألة:** لا يقطع السارق إلا بإقرار مرتين[(٤)].

خلافاً لأكثرهم [في قولهم][(٥)]: يقطع بإقرار مرة[(٦)].

= يسرق فتقطع يده . . . ، المصنف ٩/٥٠٩، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها (٢٨٧)، (٢٨٨). سنن الدارقطني ٣/ ١٨٠، والبيهقي في الحدود: باب السارق يعود فيسرق ثانياً وثالثاً ورابعاً. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ٢٧٥. هذا الأثر ورد من عدة طرق عن علي الأولىٰ عند عبدالرازق من طريق معمر، عن جابر، عن الشعبي، عن علي. والثاني: عند ابن أبي شيبة من طريق حاتم بن إسماعيل، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي. والثالث: عند الدارقطني والبيهقي من طريق محمد بن الحسن، نا أحمد بن العباس، نا إسماعيل بن سعيد، نا محمد بن الحسن، عن أبي حنيفة، عن عمرو بن مرة، عن عبدالله بن سلمة، عن علي رضي الله عنه. وهذا الأثر عن علي بمجموع طرقه صحيح.

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٦؛ وكشاف القناع ٦/ ١٤٣؛ والذخيرة ١٢/ ١٩٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٣.

(٣) فمن زنا ثم أُقيم عليه الحد، ثم زنا مرة أخرىٰ بعد إقامة الحد أُقيم عليه الحد مرة أخرىٰ.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٥؛ والمغني ١٢/ ٤٦٤-٤٦٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٥٥.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: ملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٥٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٥.

لأنه قول يثبت به القطع، فاعتبر فيه العدد، كالبينة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن القتل يثبت بشاهدين، والإقرار مرة، لأن الإقرار بالسرقة يسقط بالرجوع، ويعرض به الإمام، والقتل بخلافه[١].

ولأنه حد يسقط بالرجوع بعد ثبوته، فكان عدد إقراره بعد[د][٢] شهوده، كالزنا وحد قطاع الطريق، ولأنا نعتبر فيه النكول، ولا يلزم [عليه][٣] الإقرار بالقتل، وبحد القذف، لأنه لا يسقط بالرجوع[٤]، ولا يلزم عليه شرب الخمر، لأنه لا رواية فيه، ويحتمل أن نقول فيه مثل هذا[٥].

[١٩٠٨/٢٢] **مسألة:** يجمع القطع والغرم جميعاً[٦].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجمعان، وإن اختار المسروق منه المطالبة بالغرم لم تقطع يد السارق، وإن اختار القطع لم يغرم[٧].

وخلافاً لمالك في [قوله][٨]: إن كان السارق موسراً قطع وغرم، وإن كان معسراً قطع ولم يتبع بالغرم[٩].

---

(١) وذلك لأن الرجوع عن الإقرار بالقتل غير مقبول، والرجوع عن الإقرار بالسرقة يقبل لأن السرقة حد لله عز وجل.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) لأنه حق لله وحق للآدمي، وحق الآدمي مقدم.

(٥) الرجوع عن الإقرار بشرب الخمر يسقط الحد كسائر الحدود. انظر: المغني ٢/ ٥٠١.

(٦) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٥٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٠٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٤٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٩.

(٧) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٩٤؛ والمبسوط ٩/ ١٥٩.

(٨) ساقط من المخطوط.

فالدلالة على وجوب القطع بعد الغرم: أنه حد يجب / لإيقاع فعل في عين. فإذا [٢٤٧] وجد مع (رد)(١) العين جاز أن يجب مع رد قيمتها، أصله: [إذا](٢) غصب جارية وزنا بها.

والدلالة على وجوب الغرم بعد القطع: أنه (أتلف)(٣) عيناً بتفريط منه لا على وجه الدين ولاشبهة ملك، فلزمه الضمان إذا كان من [أهل](٤) الضمان، كالغاصب.

وفيه احتراز من المالك لقولنا: «بتفريط».

ومن المتلف من بيت المال، لقولنا: «ولا شبهة ملك».

ومن الباغي إذا أتلف على العادل لقولنا: «لا على وجه الدين».

ومن الحربي إذا أتلف على المسلم، والعبد على السيد لقولنا: «إذا كان من أهل الضمان».

والدلالة على اجتماعهما: أنهما حقان مختلفان بسببين مختلفين، لأن الغرم يجب بتناول العين، والقطع يجب بالإخراج من الحرز، ووجوبهما بجهتين مختلفين، فجاز اجتماعهما، كالجزاء والقيمة في الصيد المملوك.

[**١٩٠٩/٢٣**] **مسألة:** لا يقطع أحد الزوجين بسرقته من مال الآخر سواء سرق من بيت خاص لأحدهما، أو من البيت الذي هما فيه(٥).

---

(٩) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٣.

(١) كلمة لم تتصح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) كلمة لم تتصح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٢/ ٤٦١؛ وكشاف القناع ٦/ ١٤١؛ ورؤوس المسائل للزمخشري

خلافا لمالك، والشافعي، والثانية: يجب القطع إذا سرق من بيت خاص لأحدهما[1].

لأن كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب، فلم يقطع بسرقته، دليله: الولد مع الوالد، يبين صحة هذا: أنه قد يسقط القطع مع الحجب، وهو الجد يرث ويُحجب، وولد الابن يرث ويُحجب ولا يقطع[2]، فمن لا يحجب سببه أقوى، فهو باسقاط القطع أولى.

[١٩١٠/٢٤] **مسألة:** يقطع الأقارب بسرقة بعضهم من بعض سوى الوالدين والمولودين، كالأخ والأخت، والعم والعمة والخال والخالة[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا سرق ذو الرحم المحرم لم يقطع[4].

لأنها قرابة لا يتعلق بها رد الشهادة، فوجب أن لا يتعلق بها سقوط القطع في السرقة، أصله: قرابة ابن العم، وابن العمة، وابن الخال، والخالة أو نقول: قرابة لا توجب النفقة مع اختلاف الدين، فلم يتعلق بها سقوط القطع، دليله: ما ذكرنا.

ص ٤٩٧.

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٥؛ والمغني ١٢/ ٤٦١.

(٢) المراد أن الجد إذا سرق من مال ابن ابنه وابن الجد موجود فهو يحجبه الجد من الإرث إذا مات ابن الابن ولا يقطع الجد، وكذلك ولد الابن إذا سرق من جده ووالده موجود فلا يرث ابن الابن جده ولا قطع عليه.

(٣) وبه قال الشافعية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٤؛ والمغني ١٢/ ٤٥٩، ٤٦١؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٣٧، وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٥.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٤٨.

ولا معنى لقولهم: إنهما يفترقان في العتق بالملك، وفي استحقاق النفقة، وفي التفرقة في السبي، لأن النفقة تجب في مقابلة الميراث، والميراث يعم الوالدين وغيرهم، والعتق إنما اختص بالمحرم، لأنه رحم كامل والتفرقة منع منها لما يلحق كل واحد من الوله والحزن على فراق صاحبه وهذا يعم، فأما القطع فإنه يسقط بقوة الشبهة في المال والتبسط فيه، وهذا يختص الوالدين والمولودين دون بقية الأقارب.

[**١٩١١/٢٥**] **مسألة:** إذا سرق مسلم مال مستأمن قطع[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قطع[٢].

لأن مال المستأمن في عهدة المرتد بمنزلة مال الذمي في عهدة المرتد في التحريم والمنع من الأخذ بغير إذنه وضمانه بالإتلاف واليد وزوال الشبهة عنه من كل وجه، فوجب أن يكونا سواء في القطع، ولهذا نقول: إن نفسه كنفسه في الضمان/ [٤٨'] والدية، والقصاص.

[**١٩١٢/٢٦**] **مسألة:** إذا سرق المستأمن من مال المسلم قطع[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقطع[٤].

(١) وبه قال المالكية، وهو أحد أقوال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٥١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٤٦؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٣٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٣-٣٥٤.

(٢) وهو أحد أقوال الشافعية، ورجحه النووي، انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٦٧، وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٤.

(٣) وبه قال المالكية، وهو أحد أقوال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٥١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٤٦-٣٤٧؛ والذخيرة ١٢/ ١٤١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٤.

(٤) وهو أظهر أقوال الشافعية، ولم أقف على قول أبي حنيفة في هذه المسألة. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٥٤.

لأن كل من لزمه ضمان المال، جاز أن يلزمه القطع في السرقة، كالذمي، وكل ما وجب على الذمي في مال المسلم وجب على المستأمن أصله: الضمان.

[١٩١٣/٢٧] **مسألة:** إذا شهد شاهدان أن هذا سرق بقرة واختلفا في اللون فقال أحدهما: سوداء. وقال الآخر: بيضاء. فالشهادة مقبولة، ويقطع المشهود عليه على قياس قول أبي بكر، لأنه قال: إن شهد شاهدان أنه زنى بها في ثوب أحمر، وآخران أنه زنى بها في قميص أبيض فشهادتهما مقبولة ويحد المشهود عليه، وكذلك لو سرق كيساً واختلفا، فقال أحدهما: أبيض. وقال الأخر: أسود. ذكره أبوبكر[١].

خلافاً للشافعي [في قوله][٢]: لا يقطع، ولا تقبل هذه الشهادة[٣].

لأنه يمكن التوفيق بين الشهادتين، لأنه يجوز أن يكون أحد جانبي البقرة أسود، والأخر أبيض فرأى كل واحد جانباً وكانت بلقاء فغلب كل واحد منهما أحد اللونين ونسبها إليه، ولايلزم عليه إذا اختلفا في المكان، لأنه لا يمكن الموافقة بينهما، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه زنى بها وهي سوداء، وشهد أخر أنه زنى بها وهي بيضاء، لأنه لا يحتمل في الآدميين اجتماع البياض والسواد، ولايلزم عليه إذا شهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة، واثنان أنها مكرهة أنها لا تقبل وإن أمكن التوفيق بينهما، لأنه يمكن أن يكون ابتداء الفعل باكراه ثم طاوعت، لأن المانع من

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٢/ ٤٦٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٥٨٣٥٧.

قبول هذه الشهادة ليس هو الاختلاف وإنما شهود الطوع قذفة، والقاذف خصم فلا تقبل شهادته .

ولا يلزم عليه إذا شهد أحدهما أنه سرق ثوراً، والآخر بقرة، لأن علامة الذكر لا تشكل بعلامة الأنثى، فلا يمكن الجمع بين الشهادتين[١] .

ولا يلزم عليه إذا شهد اثنان أنه سرق ثوباً، فقال أحدهما: هروياً. والآخر قال: مروياً. لأنها مقبولة، لأن الثوب ينسب إلى البلد، فيجوز أن يكون أحد الشاهدين نسب الثوب إلى الصناعة، والآخر إلى البقعة، وإن كان ثوباً واحداً[٢] .

[**٢٨/١٩١٤**] **مسألة:** إذا سرق إناء فيه خمر، أو ماء وقيمة الإناء نصاب لم يقطع على ما رأيته في مجموع تغلب على ظني أنه لأبي إسحاق[٣] .[٤]

خلافاً للشافعي في قوله: يقطع[٥] .

لأن المقصود بالسرقة ما في الإناء، بدلالة: أنه لو قصد الإناء أراق ما فيه وأخذه، والمقصود بالسرقة إذا لم يجب فيه القطع لم يجب فيما يتبعه، كمن سرق صبياً حراً عليه حلي .

ولا معنى لقولهم: إن يد الصبي ثابتة على ما عليه، لأن اليد تثبت على الصبي

(١) انظر: المغني ١٢/ ٤٦٤ .

(٢) هذا قول أبي الخطاب الحنبلي، وقال ابن قدامة لا يقطع . انظر: المرجع السابق .

(٣) المراد به أبو إسحاق بن شاقلا .

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٤٥٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٦ .

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٣٢؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٩٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٣٦ .

وعلىٰ ما عليه، بدليل: أن نفسين لو ادعيا صبياً، وهو في يد أحدهما حكمنا به لمن هو في يده، فدل علىٰ أن اليد تثبت علىٰ الصبي وعلىٰ ما عليه.

[١٩١٥/٢٩] **مسألة:** فإن سرق صليباً، أو صنماً من ذهب لم يقطع، وكذلك إذا سرق طبلاً، أو بربطا[١]. [٢]

[٢٤٩] خلافاً للشافعي / في قوله: يقطع[٣].

لأن المبتغىٰ من ذلك فعل ما هو معصيه بإجماع[٤]، وهو العبادة للصليب والصنم، واللعب بآلة اللهو، فوجب أن لا يجب فيه القطع، دليله: الخمر، ولايلزم عليه أواني الذهب والفضة، لأنه ليس المبتغىٰ منها فعل المعصية بإجماع، وإنما المبتغىٰ أن يعد للتجمل، والتمول عند جماعة من الفقهاء وذلك ليس بمعصية[٥].

ولأن له شبهة في تناول هذه العين، وهو كسر الأصنام، والصليب، وآلة اللهو، فلم يقطع بسرقتها، كمال بيت المال، وكالخمر، وأخذ الغريم، وأخذ الأب

---

(١) البَربَط: بفتح البائين الموحدتين، وهو العود والأوتار، وهو فارسي، ومعناه بالفارسية صدر البط وعنقه. انظر: المجموع للنووي ١/ ٢٤٨.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٢/ ٤٥٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٨٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٥١؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٤.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٥؛ وروضة الطالبين ٣٣٢.

(٤) انظر: المغني ١٢/ ٤٥٧.

(٥) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٤٥٨.

من مال ابنه[١].

[١٩١٦/٣٠] **مسألة:** إذا سرق عِدْلاً[٢]، أو جَوالِقاً[٣]، أو رزمة[٤]، وهناك حافظ وجب القطع[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقطع[٦].

لأن الجوالق محرز بصاحبه، فإذا سرقه كان بمنزلة سرقة ما فيه.

ولامعنى لقولهم: إنه إذا سرق ما فيه فقد هتك الحرز بإدخال يده فيه، وإذا حمله فلم يهتك الحرز، لأن الجوالق محرز بصاحبه فأخذه هتك الحرز، كما أن السارق لرداء صفوان كان هاتكاً للحرز وقطعه النبي ﷺ[٧].

(١) انظر: المغني ١٢/ ٤٥٧.

(٢) العدل: هو المتاع. انظر: مختار الصحاح، مادة «عدل».

(٣) الجوالق: وعاء. انظر: مختار الصحاح، مادة «جق».

(٤) الرِّزمة ـ بكسر الراء ـ: الكارة من الثياب. انظر: مختار الصحاح، مادة «رزم».

(٥) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٢٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٥، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٧.

(٦) ذكر صاحب الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٦٤١٤: أنه يقطع.

(٧) رواه أبوداود في الحدود: باب من سرق من حرز (٤٣٩٤) ٤/ ١٣٦، والنسائي في قطع السارق: باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته بعد أن يأتي به الإمام (٧٣٦٤/ ١) و (٧٣٦٥/ ٢). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٣٢٩٣٢٨، وابن الجارود في المنتقى ص ٢١١، والحاكم في الحدود، (٨١٤٨/ ١٢٥)، (٨١٤٩/ ١٢٦). المستدرك على الصحيحين ٤/ ٤٢٢. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وقال الذهبي في التلخيص: صحيح. انظر: التلخيص بهامش المستدرك ٤/ ٤٢٢. وقال الألباني: «حديث صحيح» أ. هـ. انظر: إرواء الغليل ٧/ ٣٤٥.

[١٩١٧/٣١] **مسألة:** إذا سرق من الحمام ثياباً عليها حافظ قطع[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قطع عليه[(٢)].

لأنه محرز بحافظة، أشبه إذا كان بين يديه، وهو ينظر إليه فسرقه، فإنه يجب القطع.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الحمام حرز مأذون في الدخول فيه، فهو كالضيف، لأن الضيف إذا كان مأذوناً له في دخوله إليه لم يقطع. لأنه جناية وليس بسرقة، لأن مالكه أذن له فيه ولم يحرز عنه[(٣)].

[١٩١٨/٣٢] **مسألة:** إذا أقر العبد بسرقة مال في يده من أجنبي، وصدقه المقر له، وجب قطعه، والمال لمولاه، ولا حق للمقر له فيه، فإن أقر بسرقة مال أتلفه، وصدقه المقر له، وجب قطعه، والمال في ذمته يتبع به إذا أعتق[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا أقر بسرقة مال في يده وصدقه المقر له، قطع العبد، والمال للمقر له[(٥)].

والدلالة علىٰ أن المال للسيد: أن العبد إذا أقر بما يوجب الحد منفرداً قُبِلَ إقراره ولزمه في الحال، وإذا أقر بما يوجب المال منفرداً رد إقراره، فلم يقبل علىٰ مولاه،

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٣٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٤؛ وكشاف القناع ٦/ ١٣٨؛ والذخيرة ١٢/ ١٥٩-١٦٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٣.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٤.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٤٣٣.

(٤) وهو أحد أقوال الشافعية، ورجحه النووي. انظر: كشاف القناع ٢/ ٤٥٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٥٦.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٠.

فإذا جمع بينهما وجب أن يرد إقراره بما يرد عند الإنفراد، أصله: إذا أقر بأنه قطع فلان، وغصب ماله، فإنه يقبل إقراره في القطع وتقطع يده قصاصاً، ويرد إقراره بغصب المال، كذلك هاهنا.

[١٩١٩/٣٣] **مسألة:** إذا سرق المسروق من السارق، أو سرقه من الغاصب لم يجب القطع على السارق. نص عليه[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قطع على سارق السارق، ويجب القطع على سارق الغاصب[(٢)].

وخلافاً لمالك في قوله: يقطع في الموضعين[(٣)].

لأن حرز السارق والغاصب كلا حرز، لأنه يجب هتكه ورد المسروق على صاحبه، فلم يجب القطع على السارق، كما لو أخذه من غير حرز.

[١٩٢٠/٣٤] **مسألة:** القطع في السرقة يفتقر إلى مطالبة / المسروق منه [٢٥٠] [بماله][(٤)]. [(٥)]

(١) وهو أصح القولين عند الشافعية، انظر: المغني ١٢/ ٤٣٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٦، ومغني المحتاج ٤/ ١٧١.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤١٨.

(٣) لم أقف على قول الإمام مالك في هذه المسألة.

(٤) ساقط من المخطوط. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٧.

(٥) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٦؛ والمغني ١٢/ ٣٧١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٧؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٤.

خلافاً لمالك، وأبي بكر من أصحابنا: لا يفتقر إلىٰ المطالبة(١).

لما روي أن عمرو بن سمرة أتىٰ إلىٰ النبي ﷺ فقال: يارسول الله إني سرقت جملاً من بني فلان، فأرسل إليهم رسولاً فسألهم عن ذلك فقالوا: قد فقدنا جملاً لنا، فأمر رسول الله ﷺ فَقُطَعت يدُه»(٢). ولو كان قطعه جائزاً قبل المطالبة لم يبعث إليهم.

ولأنه يحتمل أن يكون أباح هذه السلعة لمن أخذها، أو وقفها علىٰ السارق وهو لا يعلم، أو كانت ملكاً للسارق عند الغائب، ولا يعلم به السارق، فاسقطنا عنه القطع عند الاحتمال للشبهة.

[**١٩٢١/٣٥**] **مسألة:** السارق من المغنم لا يقطع إذا كان من أهله، وكذلك إذا سرق من بيت المال(٣).

خلافاً لمالك في قوله: يقطع في الموضعين(٤).

لأن هذا المال له فيه حق، فكان شبهة في سقوط الحد، كوطء الأمة المشتركة، وذلك أنه إذا كان قبل إفراد الخمس لأهله فله في خمس الخمس حق، وهو المصالح، وله في أربعة أخماس الغنيمة حق، وهو سهم الفارس إن كان فارساً، أو

---

(١) انظر: المدونة ٤/ ٤٢٤؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٦.

(٢) رواه ابن ماجة في الحدود: باب السارق يعترف (٢٥٨٨). سنن ابن ماجة ٢/ ٨٦٣. وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن ابن ماجة ص ٢٠٥.

(٣) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٦١-٤٦٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٩٦؛ وكشاف القناع ٦/ ١٤١-١٤٢؛ وتبيين الحقائق ٣/ ٢١٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٣٣.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٩.

سهم الراجل إن كان راجلاً، وإن كان بعد إفراد الخمس لأهله فله حق في الأربعة أخماس، فيجب أن لا يجب القطع، وكذلك بيت المال، ولايلزم عليه العبد إذا كان سرق من بيت المال أنه يقطع[١]، لأنه ليس له منه نصيب ولا حق، بدليل: ما روي عن عمر أنه قال: ما أحد من المسلمين إلا له فيه نصيب إلا العبيد فليس لهم فيه شيء»[٢].

ولأن ما يدفع إلى العبد يكون لسيده، لأنه لا يملكه.

[١٩٢٢/٣٦] **مسألة:** إذا قتل رجلاً في داره وادعى أنه دخل ليسرق، فلم يتمكن من إخراجه إلا بقتله، فعلى القاتل القود إلا أن يقيم البينة على ما ادعاه سواء كان معروفاً بالسرقة أو غير معروف[٣].

وحكى عن أبي حنيفة: إذا كان معروفاً بالسرقة فلا شيء عليه[٤].

لأن كل من لم يكن معروفاً بما ادعى عليه لزم قاتله القود، فإذا كان معروفاً بذلك لزمه القود، وكما لو قتله وادعى أنه كان قد زنى بزوجته وهو محصن[٥].

---

(١) الصحيح أنه لا يقطع، لأن سيده له حق في بيت المال. انظر: المغني ١٢/ ٤٦٢.

(٢) رواه عبدالرزاق في اللقطة: باب الرجل يسرق شيئا له فيه نصيب (١٨٨٧٤). من طريق ابن جريج، عن محرز بن القاسم عن غير واحد من الثقة عن عمر موقوفاً. مصنف عبدالرزاق ١٠/ ٢١٢. وهذا الأثر سنده ضعيف لجهالة الرواة عن عمر.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٥٣٦.

(٤) انظر: ملتقى الأبحر ٢/ ٢٨٧-٢٨٨.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٥٣٥.

كتاب قطاع الطريق[١]

[١٩٢٣/١] **مسألة:** حد قطاع الطريق على الترتيب دون التخيير، فلا يقتل من لم يقتل، ولا يقطع من لم يأخذ المال، فإنْ قَتَلَ قُتِلَ حتماً، وإن قَتَلَ وأخَذَ المالَ قُتِلَ وصُلِبَ، وإن أخذ المال ولم يقتلْ قطعت يده ورجله من خلاف، ومن لم يقتل ولم يأخذ المال نُفِيَ، فهي مرتبة على أفعاله[٢].

خلافاً لمالك في قوله: هي مرتبة على صفة قاطع الطريق لا على فعله، فمن كان ذا رأي قتله، ومن كان ذا جلد وقوة قطعه، ومن لم يكن له رأي وقوة نفاه[٣].

فعنده له نفيه وقتله من غير قتل ولا أخذ مال.

لقوله تعالى: ﴿أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا...﴾[٤]. وقد أجمعنا على أن الأحكام المذكورة على الترتيب إلا أنا نحن رتبناها على أفعالهم، وهم رتبوها على صفاتهم، وصفات الشخص/ لاتجب عليه بها عقوبة، وإنما علق العقوبة [٢٥١] بأفعاله[٥]، لأن أوصافه من فعل الله تعالى، فلا صنع له فيها.

---

(١) القطاع: وأحدهم قاطع، وهو الذي يقطع الطريق: الذي هو أحد الطرق: الذي هو السبيل، فلا يدع أحداً يمر فيه إلا أخذ ماله، أو قتله وأخذ ماله، فينقطع الطريق بهذه العلة. انظر: الدرالنقي ٣/ ٧٥٧.

(٢) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٧ـ١١٣٨؛ والمغني ١٢/ ٤٧٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٦٥ـ٣٦٦؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٦.

(٣) انظر: المدونة ٤/ ٤٢٨ـ٤٢٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٤ـ٣٧٥.

(٤) المائدة (٣٣).

(٥) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٨.

ولأنه قتل وقطع فلم يجبا بسبب واحد، كغير المحارب، وعنده أنهما يجبان بسبب واحد وهو إظهار السلاح[(١)].

[**١٩٢٤/٢**] **مسألة:** إذا أخذوا المال وقَتلوا، قُتِلُوا وصُلِبُوا حتماً[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: للإمام أن يقتلهم ولا يصلبهم[(٣)].

لأن الصلب ثبت لحق الله تعالىٰ، فلم يثبت فيه التخيير، دليله: حد الزنا، والسرقة.

[**١٩٢٥/٣**] **مسألة:** إذا أخذوا المال وَقتلوا، قُتلوا ولم يُقْطَعُوا[(٤)]. [(٥)]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الإمام مخير بين القطع والقتل، وبين القطع والصلب[(٦)].

لأن كل معصية وجب بها عقوبة في غير المحاربة لم يغلظ بها في المحاربة إلا من وجه واحد، كأخذ المال غلظ فيه من وجه واحد، وهو قطع الرجل، وعندهم[(٧)] يغلظ بالقتل وأخذ المال من ثلاثة أوجه: انحتام القتل، وقطع الرجل،

---

(١) انظر: التفريع ٢/ ٢٣٢.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٧-١١٣٨؛ والمغني ١٢/ ٤٧٧؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٥-٣٦٦.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٥٢.

(٤) وهو المذهب عن الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٧٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٦٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٦.

(٥) مذهب المالكية أنه لا يجتمع مع القتل قطع. انظر: الذخيرة ١٢/ ١٢٦.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٥٢.

(٧) أي عند الحنفية.

والصلب[١].

[١٩٢٦/٤] **مسألة:** الصلب بعد القتل[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الإمام بالخيار بين أن يقتلهم ثم يصلبهم، وبين أن يصلبهم ثم يقتلهم[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: القتل بعد الصلب[٤].

لأن الصلب مأمور به على سبيل الردع والزجر، والتغليظ في المنع، ولايجوز أن يكون ردعاً له، لأنه مع القتل لا يحتاج إلى الردع والمنع، فوجب أن يكون ردعاً لغيره، والصلب بعد القتل أبلغ في ردع غيره، فوجب أن يكون بعد القتل.

[١٩٢٧/٥] **مسألة:** قطاع الطريق إذا لم يقتلوا ويأخذوا المال نُفُوا، ونفيهم أن يُشَرَّدُوا فلا يُتْرَكُوا يأوون في بلد[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: نفيهم أن يحبسوا حتى يحدثوا توبة[٦].

---

(١) هذا الكلام غير مطابق لما في المسألة فمذهب الحنفية أن الإمام مخير بين قطعهم ثم قتلهم ثم صلبهم، وبين قتلهم فقط، أو قتلهم ثم صلبهم فقط من غير قطع.

(٢) وهذا أظهر القولين عند الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٧-١١٣٨؛ والمغني ١٢/ ٤٧٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٦٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٦.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٥٢.

(٤) وأحد القولين للشافعي. انظر: المدونة ٤/ ٤٢٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٦.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٩-١١٤٠؛ والمغني ١٢/ ٤٨٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٧٠.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٥٢.

وخلافاً لمالك في قوله: نفيهم إخراجهم من البلد الذي كانوا (فيه)[١] إلىٰ غيره وحبسهم فيه[٢].

وخلافاً للشافعي[٣]، والثانية في قوله: نفيهم أن يطلبوا إذا هربوا ليقام عليهم الحد أن قد أباحه[٤].

لأن الله تعالىٰ قد أمر بنفيهم، والحبس لا يسمىٰ نفياً، لأن النفي هو الإبعاد والطرد[٥]، والحبس هو الإقرار والإمساك[٦]، وذلك حد النفي، وكذلك طلبه لإقامة الحد عليه ليس القصد منه الإبعاد، وإنما القصد منه الأخذ والإعادة إلىٰ الأمام، (والأخذ)[٧] ضد الإبعاد.

ولأنه نفي ورد الشرع به، فكان نفيه من بلاده إلىٰ غيرها، دليله: نفي الزاني البكر، نفيه نقله من بلد إلىٰ بلد[٨].

---

(١) في المخطوط (معه) والصواب ما أثبت.

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٤٢٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٥.

(٣) رأي الإمام الشافعي في هذه المسألة: أن قطاع الطريق إذا هربوا طلبوا حتىٰ يوجدوا فتقام عليهم الحدود، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالاً نفوا من الأرض. انظر: الأم ٦/ ١٦٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٧.

(٤) الرواية الثانية عند الحنابلة أنهم يطلبون إذا هربوا، فإذا ظفر بهم الإمام عزرهم بما يردعهم، انظر: المغني ١٢/ ٤٨٣.

(٥) انظر: مختار الصحاح والقاموس المحيط، مادة «نفى».

(٦) انظر: مختار الصحاح والقاموس المحيط، «حبس».

(٧) في المخطوط (الحد) ويظهر لي صحة ما أثبت.

(٨) انظر: المغني ١٢/ ٣٢٤.

[١٩٢٨/٦] **مسألة:** لا يقطع المحارب في أقل من نصاب[١].

خلافاً لمالك في قوله: يقطع فيما دون النصاب[٢].

لأن كل معصية يجب بها عقوبة في غير المحاربة لم يغلظ بها في المحاربة إلا من وجه واحد، (كالقطع)[٣] فإنه يغلظ فيه من وجه واحد، وهو أن (نعتبر)[٤] النصاب[٥].

[١٩٢٩/٧] **مسألة:** الردء[٦] والمباشر في أحكام / قطاع الطريق سواء[٧]. [٢٥٢]

خلافاً للشافعي في قوله: يعزر ولا يكون عليه شيء من الحدود[٨].

لأن هذا الأمر مبني على حصول المنعة، ووجود التعاضد والتناصر، فوجب أن يكون الردء معهم كالمباشر، كما قلنا في جيش المسلمين إذا دخلوا دار الحرب

---

(١) وبه قال الحنفية، وهو المذهب عند الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٣٩؛ والمغني ١٢/ ٤٨١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٧٠؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٦.

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٤٢٩؛ والذخيرة ١٢/ ١٣٣.

(٣) في المخطوط (كالقتل) والصواب ما أثبت.

(٤) في المخطوط (لا نعتبر).

(٥) التغليظ على المحارب الذي يظهر لي يكون بعدم اعتبار النصاب، أما مذهب الحنابلة فيعتبرون النصاب للقطع. انظر: المغني ١٢/ ٤٨١-٤٨٢.

(٦) الردء هو: المعين والناصر دون المباشر. انظر: لسان العرب، مادة «ردأ».

(٧) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٢/ ٤٨٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٠٢؛ وكشاف القناع ٦/ ١٥١؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٧؛ والذخيرة ١٢/ ١٣٣.

(٨) انظر: الأم ٦/ ١٦٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٦.

وباشر بعضهم أخذ الأموال، ولم يباشر البعض أن الردء والمباشر سواء[١].

[١٩٣٠/٨] **مسألة:** قطاع [الطريق] [٢] في المصر حكمهم حكم قطاع الطريق في الصحاري[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجري عليهم حكم قطاع الطريق إلا أن يقطعوا خارج المصر[٤].

لأنه قتل النفس وأخذ المال مجاهرة بعدوان بالسلاح وهو من أهل الإسلام، فجرىٰ عليهم حكم قطاع الطريق، أصله: خارج المصر، يبين صحة هذا: أن إقامة الحد عليه في المصر أولىٰ من وجهين، أحدهما: أن البلد محل الأمن والمسكن، والبادية محل الخوف والحزن، فكان أعظم جرما، ألا ترىٰ أن من قتل في الحرم كان أسوأ حالاً ممن قتل في غير الحرم.

والثاني: أنه إن كان في قافلة فالعادة أن كل ما يملك [ليس][٥] معه بل يحمل بعضه، ومن كان في بلده فالعادة أن معه كل ما يملكه، ومن قهر الإنسان علىٰ ما يملكه كان أعظم جرماً ممن قهره علىٰ بعض ملكه.

---

(١) انظر: الإقناع للحجاوي ٤/ ٢٥.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٧٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٠١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٦٤؛ والتفريع ٢/ ٢٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٥.

(٤) وهذا قول الخرقي من الحنابلة. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٥؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٥٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٠١.

(٥) ساقط من المخطوط.

[٩/١٩٣١] **مسألة:** يجري على المرأة حكم قطاع الطريق[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب عليها ذلك، وإنما يلزمها القصاص في النفس، والضمان في المال[(٢)].

[لأنها][(٣)] من أهل الحد، فلزمها أحكام قطاع الطريق، كالرجل.

[١٠/١٩٣٢] **مسألة:** حكم الجراح معتبر في المحاربة سواء سقط عنهم حكم قطاع الطريق أو لم يسقط، فإذا قتل رجلاً في المحاربة وجرح آخرَ لم يسقط حكم الجراح بل يقتص في الجراح ثم يقتل، وكذلك لو قطع يد رجل ثم قتله، وكذلك لو وجب عليه قصاص فيما دون النفس ثم أخذ المال اقتص منه وقطع بأخذ المال[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا استحقوا القتل لم يقتص من جراحهم (فيقتل)[(٥)] ويسقط القصاص في الجراح إلا أن يسقط حكم قطاع الطريق بشبهة وينتقل الحق في الجراح والقتل إلى الأولياء فيعتبر حينئذ الجراح، وكذلك عنده إن قطع يسار رجل ثم أخذ المال في المحاربة سقط القطع قصاصاً وقطع بأخذ المال[(٦)].

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٨٦؛ وكشاف القناع ٦/ ١٥١-١٥٢؛ والذخيرة ١٢/ ١٢٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٥.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٥٦؛ ورؤس المسائل للزمخشري ص ٥٠٠.

(٣) في المخطوط (لأنهما).

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٧٩؛ وكشاف القناع ٦/ ١٥١؛ والتفريع ٢/ ٢٣٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٩.

(٥) في المخطوط (فلا يقتل) والصحيح ما أثبت. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٥٧.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٤؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٥٣.

لأن كل عقوبة وجبت في غير المحاربة وجبت في المحاربة إذا وجد سببها، أصله: القتل، ولا يلزم عليه الرجم والجلد، لأنه لم يوجد سببه.

ولا معنىٰ لقولهم: إن القتل يتحتم، والجرح لا يتحتم، لأنه لا يمتنع أن يثبتا معاً ويتعلق بالقتل حق الله تعالىٰ، ولا يتعلق بالجرح، كما أن في غير المحاربة يثبت القتل والجرح، ويتعلق بالقتل الكفارة، ولا يتعلق / بالجرح. [٢٥٣]

ولأنه أحد نوعي القصاص جاز أن يجب في حال المحاربة، كالقتل.

[١٩٣٣/١١] **مسألة:** إذا سرق، وشرب الخمر، وزنىٰ وهو بكر، وقَتَلَ في المحاربة وغيرها قُتِلَ ولم يُقْطَعْ ولم يُجْلَدْ، ولو قَذَفَ، وقطع يداً، وقَتَلَ، قُطعَ، وجُلد، وقُتِل[١].

خلافاً لمالك في قوله: جميعها يدخل في القتل حقوق الله تعالىٰ، وحقوق الآدميين، وحد القذف[٢].

وخلافاً للشافعي في [قوله][٣]: لا يسقط شيء منها وتستوفىٰ جميعها[٤].

فالدلالة علىٰ أنها إذا كانت لآدميين لم تتداخل: أنها حقوق مقصودة لآدميين يمكن استيفاؤها، فلم تتداخل، كالدَّيْنَيْنِ لرجلين[٥].

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٤٨٧-٤٨٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٤٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٤٥٧؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٤٧-٣٤٨.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٧٢.

(٥) انظر: المغني ١٢/ ٤٨٩.

وفيه احتراز منه إذا قطع يده ورجله وقتله أنه يقتل ولا يقطع، لأن الحق لواحد.

والدلالة على أنها إذا كانت لله تعالى تتداخل: أن الجلد والرجم حد، وهي حق لله تعالى، فإذا اجتمعت مع القتل لم تستوف، دليله: المحارب إذا قتل، وأخذ المال، فإنه يقتل ولا يقطع لأخذ المال[1]، ولا يلزم عليه إذا قطع يد رجل، وقطع يد آخر أنه يقطع، لأن القطع هناك لحق آدمي.

[**١٩٣٤/١٢**] **مسألة:** إذا وجب عليه حد القذف، وحد الشرب لم تتداخل[2].

خلافاً لمالك في قوله: يتداخلان[3].

لأنهما حدان من جنسين ليس فيهما قتل، فلم يتداخلا، دليله: حد القذف، وحد الزنا، وحد الشرب، وحد القطع.

[**١٩٣٥/١٣**] **مسألة:** إذا وجب عليه حد القذف، وحد الزنا، وحد الشرب، وحد السرقة، فإنه يبدأ بحد القذف، فإذا برأ جلد حد الشرب، فإذا برأ جلد حد الزنا، فإذا برأ قطع[4].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يبدأ بحد القذف، وهو بالخيار بين البداءة بحد

---

(١) سبق ذكر ذلك في مسألة (٣/ ١٩٢٥) من هذا الكتاب.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٨٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٤٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٢.

(٣) انظر: : المدونة ٤/ ٤٠٤؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٧٤.

(٤) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٨٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٢.

الزنا أو السرقة، ويستوفى حد الشرب بعد ذلك[١].

لأن (حد) [٢] القذف حق لآدمي مقدم لمن [ ] [٣]، لأن حقوقهم مبنية على الشح والمضايقة، وحد الشرب بعده، لأنه أسلم من حد الزنا، والشرب لأنه ثمانون، أو أربعون على اختلاف، وحد الزنا بعده، لأنه أيسر من القطع، والأيسر والأسلم أولى بالتقدم، لأنه أقرب إلى استيفاء الجميع، والإبتداء[ ] [٤] أقرب إلى التلف فيؤدي إلى تعطيل الباقي، فوجب ترتيبه على ما ذكرنا.

[١٩٣٦/١٤] **مسألة:** إذا قتل المحارب من لا يكافئه، كالكافر، والعبد، والولد، وعبد نفسه لم يقتل[٥].

خلافاً لمالك، وأحد قولي الشافعي: يقتل[٦].

لأن كل مالا يوجب القتل في غير المحاربة لا يوجبه في المحاربة، كقتل الخطأ، والمرتد، والزاني.

ولامعنى [لقولهم] [٧]: إن القتل في المحاربة يتحتم، لأن الجناية لا توجب

---

(١) لم أقف على رأي الإمام أبي حنيفة في هذه المسألة.

(٢) في المخطوط (حق) والصواب ما أثبت.

(٣) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط، وهذا رسمها «ببيه».

(٤) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط، وهذا رسمها «الاسدا».

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٢/ ٤٧٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٠٣.

(٦) وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٩؛ والمغني ١٢/ ٤٧٧.

(٧) ساقط من المخطوط.

القتل فيما لا يجب في غير المحاربة، بدليل: قتل المرتد، والزاني، والخطأ[١].

[١٩٣٧/١٥] **مسألة:** إذا (تاب)[٢] المحارب قبل القدرة عليه سقط عنه ما كان حقاً من انحتام القتل، والصلب، وقطع اليد والرجل، وكذلك غير المحارب إذا لزمه حد ثم (تاب)[٢] سقط عنه[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، / ومالك، وأحد قولي الشافعي: لا يسقط ذلك، [٢٥٤] ووافقوا في حد المحارب[٤].

لأنه حق لله تعالى، فجاز أن تسقطه التوبة، دليله: حد قطاع الطريق، وقتل المرتد، ولا يلزم عليه إذا تاب بعد القدرة عليه، لأن العلة للجواز، وعلى أن التوبة هناك غير محكوم بصحتها لجواز أن يكون قد أظهرها تقية[٥] من الإمام، وكذلك نقول في توبة الزاني، والسارق، والشارب لايحكم بصحتها بعد العلم بحدهم.

[١٩٣٨/١٦] **مسألة:** ويسقط عنهم الحد بالتوبة، ولا يعتبر صلاح العمل، وإنما الاعتبار بإظهار التوبة[٦].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يعتبر في ذلك صلاح العمل، وهو أن

---

(١) أي: والمقتول خطأ.

(٢) في المخطوط (مات) والصحيح ما أثبت. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤٠.

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤٠؛ المغني ١٢/ ٤٨٤.

(٤) وهو رواية ثانية عند الحنابلة، انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٧٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٦٧، والمغني ١٢/ ٤٨٤.

(٥) أي خوف من الإمام.

(٦) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٢/ ٣٨٥؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٠٥.

يأتي على توبته زمان يعملون فيه بالصلاح[١].

لما روى علقمة أن رجلاً تحلل امرأة فقضى حاجته فجيء به إلى النبي ﷺ فأقر، فقال للمرأة: «اذهبي، وقال للرجل قولاً حسناً»، وقال: «لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم»[٢] فأسقط الحد عنه بنفس التوبة، ولم يمض زمان يعتبر فيه صلاح عمله.

ولأنها عقوبة تسقط بالتوبة، فلم يكن من شرط صحتها صلاح العمل، دليله: توبة قطاع الطريق، والمرتد.

ولا معنى لقولهم: إن قطاع الطريق خارجون عن قبضة الإمام، وإذا تابوا فالتوبة صحيحة، وهاهنا هم في قبضته، فالظاهر من توبتهم التقية قبل العلم وبعده. لأنه إنما يكون الظاهر من حالهم أنها تقية لو كان ذلك بعد (علمه)[٣]

---

(١) وهو وجه ثان عند الحنابلة. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٦٧؛ والمغني ١٢/ ٣٨٥.

(٢) رواه أبوداد في الحدود: باب في صاحب الحد يجيء فيقر، (٤٣٧٩). سنن أبي داود ٤/ ١٣٢. وهذا نص الحديث عند أبي داود: أن امرأة خرجت على عهد النبي ﷺ تريد الصلاة، فتلقاها رجل. فتحللها، فقضى حاجته منها، فصاحت، وانطلق، فمر عليها رجل فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، ومرت عصابة من المهاجرين فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا، فأخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع عليها، فأتوها به، فقالت: نعم هو هذا، فأتوا به النبي ﷺ، فلما أمر به قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال: يارسول الله أنا صاحبها، فقال لها: «اذهبي فقد غفر الله لك» وقال للرجل قولاً حسناً. قال أبوداود: يعني الرجل المأخوذ، وقال للرجل الذي وقع عليها: «ارجموه» فقال: «لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم». وقد حسن هذا الحديث الألباني. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة ٢/ ٥٩٩.

(٣) في المخطوط (علمهم) ويظهر لي صحة ما أثبت.

بهم، فأما فإذا كانت التوبة قبل العلم فليس هو الظاهر.

ولأن هذه المعصية يتعلق بها عذاب الآخرة، وعذاب الدنيا، ثم ثبت أن عذاب الآخرة يسقط بهذه، كذلك عذاب الدنيا.

ولأن من أصلنا لا نعتبر صلاح العمل في قبول (التوبة)[1]، كذلك لا نعتبر في سقوط الحد، فأما قوله تعالىٰ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿فَمَن تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ﴾[2] وقوله: ﴿وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾[3] فهو محمول علىٰ طريق التأكيد، والمبالغة. كما قال تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا آخَرَ﴾ إلىٰ قوله: ﴿إِلَّا مَن تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا﴾[4]. ومعلوم أنه لا يشترط صلاح العمل في توبة المشرك.

(١) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله، ولعلها ما أثبت.

(٢) المائدة (٣٨).

(٣) النساء (١٦).

(٤) الفرقان (٦٨: ٦٩).

كتاب الأشربة[(١)]

[١٩٣٩/١] **مسألة:** كل شراب يسكر كثيره فقليله حرام، وفيه الحد، ويسمىٰ خمراً[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الخمر حرام قليلها وكثيرها، وفيها الحد، وهو عصير العنب الذي إذا اشتد وقذف بزيده، وما عمل من التمر والزبيب، فإن كان مطبوخاً أدنىٰ طبخ فهو حلال، وإن كان نياً فهو محرم إلا أنه لا يسمىٰ خمراً، وإنما يسمىٰ نبيذاً، وما عمل / من الحنطة والشعير والذرة والأرز والعسل ونحوها فهو [٢٥٥] حلال طبخ أو لم يطبخ، وإنما يحرم منه السكر، ويجب بالسكر منه الحد[(٣)].

والكلام في هذه المسألة في فصول:

أحدها: إن اسم الخمر يقع علىٰ كل مسكر.

والثاني: يدل علىٰ تحريم النبيذ.

والثالث: يدل علىٰ أن الخمر معللة، وأن علة تحريمها الشدة المطربة، وهي

---

(١) الأشربة: جمع شراب: وهو كل ما يشرب من حلال وحرام، ومن غيره. انظر: الدر النقي ٣/ ٧٥٩.

وشرعاً: كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام، وهو خمر من أي شيء كان. انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ٣٣٩.

(٢) وبه قال المالكية؛ والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤١؛ والمغني ١٢/ ٤٩٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٨٤؛ والتفريع ٢/ ٢٢٦؛ والإستذكار لابن عبدالبر ٢٤/ ٢٥٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٦.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٣٥؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٠٣.

موجودة في كل شراب مسكر .

فالدلالة على أن اسم الخمر يقع على كل شراب مسكر : ما روى ابن عمر [قال][١] : قال رسول الله ﷺ : «كل مسكر خمر ، وكل مسكر حرام»[٢]. وهذا نص .

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : «الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنقود»[٣]. وهذا نص .

وروى النعمان بن بشير [قال][٤]: قال رسول الله ﷺ : «إن من الحنطة خمراً، ومن الشعير خمراً، ومن الزبيب خمراً، ومن التمر خمراً، ومن العسل خمراً»[٥]. وهذا نص .

---

(١) ساقط من المخطوط .

(٢) رواه الإمام مسلم في الأشربة : باب بيان أن كل مسكر خمر ، وأن كل خمر حرام (٢٠٠٣) (٧٣)، (٧٤). صحيح مسلم ٣/ ١٥٨٧ .

(٣) رواه الإمام مسلم في الأشربة : باب بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمراً (١٩٨٥) (١٣)، (١٤)، (١٥). صحيح مسلم ٣/ ١٥٧٣-١٥٧٤ . بلفظ «النخلة والعنبة» ، وبلفظ «الكرم والنخل» .

(٤) ساقط من المخطوط .

(٥) رواه الإمام أحمد في المسند وفي حديث النعمان بن بشير (١٨٤٣٥). المسند ٦/ ٣٨٥، وأبوداود في الأشربة : باب الخمر مما هو؟ (٣٦٧٦). ٣/ ٣٢٥، والترمذي في الأشربة : باب ما جاء في الحبوب التي يتخذ منها الخمر (١٧٨٢) ٤/ ٢٩٧، وابن ماجة في الأشربة : باب ما يكون منه الخمر (٣٣٧٩) ٢/ ١١٢١، وابن حبان في صحيحه . انظر : الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان (٤٣٩٨) ٢/ ٢١٩-٢٢٠، والدارقطني في الأشربة وغيرها، (٣٣) و (٣٦). سنن الدارقطني ٤/ ٢٥٢-٢٥٣ . والحاكم في كتاب الأشربة (٧٢٣٩/ ٤٠). المستدرك على الصحيحين ٤/ ١٦٤ . وقد صححه الألباني . انظر : صحيح سنن االترمذي ٢/ ١٧١ .

وإذا ثبت أن الاسم دخل تحت قوله تعالىٰ: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾[١]. فأمر باجتنابه.

فالدلالة علىٰ تحريم النبيذ في الجملة ما روىٰ ابن عمر، وابن عباس، وأبوهريرة، وعبدالله بن (عمرو)[٢]، ومعاذ[٣] عن النبي ﷺ قال «كل مسكر حرام»[٤].

وروىٰ جابر عن النبي ﷺ قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[٥].

وروت عائشة عن النبي ﷺ قال: «كل مسكر حرام، وما أسكر منه الفرق

(١) المائدة (٩٠).

(٢) في المخطوط (عمر) والصواب ما أثبت.

(٣) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس، الأنصاري الخزرجي.

(٤) رواه الإمام أحمد في المسند وفي حديث جابر بن عبدالله، (١٤٧٠٩) المسند ٥/ ١١٠، وأبوداود في الأشربة: باب النهي عن المسكر، (٣٦٨١) ٣/ ٣٢٦. والترمذي في الأشربة: باب ما جاء في ما أسكر كثيره فقليله حرام، (١٨٦٥) ٤/ ٢٩٢، وابن ماجة في الأشربة: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام (٣٣٩٣) ٢/ ١١٢٥، وابن الجارود في المنتقىٰ ص ٢١٨، ٢١٩، وخليفة بن خياط في مسند خوات بن جبير (٢٩) ص ٣٣. قال عنه ابن حجر في التلخيص ٤/ ٧٣ رجاله ثقات. أ. هـ. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٤٢.

(٥) رواه الإمام أحمد في المسند وفي حديث جابر بن عبدالله، (١٤٧٠٩) المسند ٥/ ١١٠، وأبوداود في الأشربة: باب النهي عن المسكر، (٣٦٨١) ٣/ ٣٢٦. والترمذي في الأشربة: باب ما جاء في ما أسكر كثيره فقليله حرام، (١٨٦٥) ٤/ ٢٩٢، وابن ماجة في الأشربة: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام (٣٣٩٣) ٢/ ١١٢٥، وابن الجارود في المنتقىٰ ص ٢١٨، ٢١٩، وخليفة بن خياط في مسند خوات بن جبير (٢٩) ص ٣٣. قال عنه ابن حجر في التلخيص ٤/ ٧٣ رجاله ثقات. أ. هـ. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٤٢.

[فملء الكف منه حرام»[١] والفرق][٢] مائة وعشرون رطلاً[٣].

وروت عائشة قالت قال: رسول الله ﷺ: «ما أسكر الفرق فالأوقية [٤]منه حرام»، وفي لفظ آخر قال: «ما أسكر منه الفرق فالحسوة[٥]منه حرام»[٦].

ولا يصح حمل قوله: «كل مسكر» على الشربة التي يحدث عقيبها السكر، لأن في الخبر مايسقط هذا، وهو قوله: «فالأوقية منه حرام، والحسوة منه حرام»،

---

(١) رواه الإمام أحمد في المسند وفي حديث جابر بن عبدالله. (١٤٧٠٩) المسند ٥/ ١١٠، وأبوداود في الأشربة: باب النهي عن المسكر. (٣٦٨١) ٣/ ٣٢٦. والترمذي في الأشربة: باب ما جاء في ما أسكر كثيره فقليله حرام. (١٨٦٥) ٤/ ٢٩٢، وابن ماجة في الأشربة: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام (٣٣٩٣) ٢/ ١١٢٥. وابن الجارود في المنتقى ص ٢١٨-٢١٩، وخليفة بن خياط في مسند خوات بن جبير (٢٩) ص ٣٣. قال عنه ابن حجر في التلخيص ٤/ ٧٣رجاله ثقات. أ. هـ. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٤٢.

(٢) ما أثبته ساقط من المخطوط ينظر الكتب التي خرجت هذا الحديث. وفي المخطوط (ما أسكر منه الفرق يحرم الرا مائة وعشرون رطلاً).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٣/ ٤٣٦.

(٤) الأُوقِيَّة اختلف فيها فقيل: هي سبعة مثاقيل زنتها أربعون درهماً، وقال الجوهري « فأما اليوم فيما يتعارفها الناس فالأوقية عندهم وزن عشرة دراهم وخمسة أسباع درهم» أ. هـ. انظر: مختار الصحاح، وتاج العروس، مادة «وقى».

(٥) الحُسوة، بالضم: الشيء القليل منه. انظر: تاج العروس، مادة «حسو».

(٦) رواه الإمام أحمد في مسند عائشة رضي الله عنها. (٢٥٠٤٦). مسند الإمام أحمد ٩/ ٤٥٢-٤٥٣ وأبوداود في الأشربة: باب النهي عن المسكر، (٣٦٨٧) ٣/ ٣٢٧-٣٢٨، والترمذي في الأشربة: باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام (١٨٦٦) ٤/ ٢٩٣، وابن ماجة في كتاب الأشربة: باب كل مسكر حرام (٣٣٨٦) ٢/ ١٢٢٣. وابن الجارود في المنتقى ص ٢١٩، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان (٥٣٨٣) ١٢/ ٢٠٣. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٤٤.

ولأن الشراب جميعه موصوف بالمسكر وإن كان الإسكار يظهر في قدر مخصوص منه، كما يقولون: الخبز مشبع، والماء مروي، والماء طهور.

ولأن كل قدر منه مسكر وإن اختلف ظهور الإسكار، العصير واليسير الذي لا يسكر غيره فما من حزمية(١) إلا وهو ومسكر.

ولأنه شراب فيه شدة مطربة، فوجب أن يكون محرماً، أصله: الخمر، يبين صحة هذا: أن العصير مباح قبل حدوث الشدة فيه، فإذا حدثت الشدة المطربة حرم، فإذا زالت الشدة زال التحريم، فعلم أن العلة هي الشدة المطربة، ولايلزم عليه الرائب أنه يسكر كثيره ولا يحرم. لقولنا: «شراب فيه شدة مطربة»، وليس في ذلك شدة مطربة.

والدلالة على أن الخمر معللة وأن علة تحريمها الشدة المطربة قوله تعالى: ﴿**إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ**﴾(٢) إلى قوله: ﴿**إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ / وَالْبَغْضَاءَ** [٢٥٦] **فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ**﴾(٣) وهذا صريح ببيان علة التحريم، لأنه هو ما يقع بشربها من العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، وهذه المعاني تحدث بالسكر في الحقيقة لا بالشرب الذي لا سكر معه، فإن من شرب ولم يسكر تجزي صلاته.

(١) هكذا بالمخطوط.
(٢) المائدة (٩٠-٩١).
(٣) المائدة (٩٠-٩١).

وروي عن عمر أنه قال: «الخمر ما خامر العقل»[١]. يعني ما أثر فيه، وهذا صريح بالتعليل، لأنا قد بينا فيما تقدم أن العصير قبل حدوث الشدة مباح، فإذا حدثت فيه حرم، فإذا زالت حل، فعلم أن علة تحريمه الشدة المطربة.

[**١٩٤٠/٢**] **مسألة:** إذا مضىٰ علىٰ العصير ثلاثة أيام حرم شربه سواء اشتد فأسكر، أو لم يشتد ولم يسكر[٢].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يحرم إلا بحصول الشدة فيه[٣].

لما روىٰ أبوإسحاق الشالنجي بإسناده عن نصر بن حاجب قال: قال رسول الله ﷺ: «اشربوا العصير ثلاثاً ما لم يغل»[٤][٥]. فجعل الثلاثة حداً في إباحة شربه ما لم يغل قبل ذلك.

وبإسناده عن ابن عمر أنه سئل عن العصير، فقال: اشربه ما لم يأخذه شيطانه. قال في كم يأخذه شيطانه؟ قال: «في ثلاث»[٦]. وهذا التقدير منه إما أن يكون عن توقيف، أو عن عادة أن الشدة تحل به في الثلاث، وأيما كان فهو حجة.

(١) رواه البخاري في التفسير: باب «إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلم...» الآية (٤٦١٩)، وفي الأشربة: باب في الخمر من العنب وغيره (٥٥٨١). صحيح البخاري ٣/ ٢٢٥، ٤/ ١٢، ومسلم في التفسير: باب في نزول تحريم الخمر (٣٠٣٢) (٣٢). صحيح مسلم ٤/ ٢٣٢٢.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤٤؛ والمغني ١٢/ ٥١٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٩٤.

(٣) منهم الشافعية. انظر: حلية العلماء ٨/ ٩٣.

(٤) أي يشتد. انظر: تاج العروس، مادة «غلل».

(٥) رواه النسائي في الأشربة: الوضوء مما مست النار (٥٢٤٣/ ٤) من طريق عبدالله، عن حماد بن سلمة، عن داود، عن الشعبي موقوفاً. السنن الكبرى للنسائي ٣/ ٢٤٣. وهذا الحديث إسناده إلىٰ الشعبي صحيح.

(٦) رواه عبدالرزاق في الأشربة: باب العصير شربه وبيعه (١٦٩٩٠). من طريق الثوري، عن الأعمش، عن عبدالله بن مرة، عن ابن عمر موقوفاً. المصنف ٩/ ٢١٧. إسناد هذا الأثر صحيح فجميع رواته ثقات.

ولأن العادة أن الشدة تحله في الثلاث، بدليل: قول ابن عمر، فجعل ذلك حد التحريم، وإن عدمت في حالة من الأحوال، كما أن العادة حصول المشقة في السفر، وقد تنعدم في حق بعض الناس، فلا يعتبر في ذلك اعتباراً بالعلة، كذلك هاهنا.

ولأنه شراب يتعلق به التحريم، فكان للزمان تأثير في ذلك التحريم، كالرضاع تأثير الزمان في الحولين[1]، وتأثيرها هنا في الثلاث، لأن الغالب أن إنبات اللحم يحصل في ذلك، والغالب هاهنا حصول الشدة فيه.

[١٩٤١/٣] **مسألة:** [يجلد][2] شارب الخمر ثمانون لا يجوز النقصان منه[3].

خلافاً للشافعي، والثانية: أربعون[4].

لما روى ابن بطة بإسناده عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ جلد رجلاً من بني الحرث بن الخزرج من الأنصار في الخمر ثمانين»[5].

ولأن الأربعين عدد جلد تقدر في حق العبيد[6]، فوجب أن لا يكون حداً

(١) انظر: المغني ١١/ ٣١٩.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٢/ ٤٩٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٧٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٧٨؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٢٧؛ والتفريع ٢/ ٢٢٦.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٧٩.

(٥) لم أقف عليه.

(٦) هذا في حد شرب المسكر.

للأحرار، كالخمسين.

ولا معنى لقولهم: إن حد العبد لا يجوز أن يكون حداً لحر في السبب الواحد، فأما في سببين مختلفين فلا يمتنع. لأنه قد يمتنع، بدليل: الخمسين لما كانت حداً للعبيد في الزنا لم تكن حداً للحر لا في الزنا، ولا في غيره.

ولأنه حد يقام على حر، فوجب أن لا يكون مقيداً بالأربعين، كحد القذف وغيره.

ولا معنى لقولهم: لا يجوز اعتبار نقص الحدود / ببعض في المقدار [٢٥٧] لاختلافهما في المقدار، لأنه لا يجوز اعتبار المنصوص منها بعضه ببعض، لأنه يؤدي إلى إسقاط النص في أحدهما، ومقدار حد الخمر محتمل فيه فلا يمتنع اعتباره بالمنصوص عليه. لأنه لا يؤدي إلى اسقاط النص.

ولأن الشرب سبب واحد فلا يتعلق به حد، وتعزير، كالزنا، وعندهم يجلده الإمام ثمانين نصفها تعزير.

ولا معنى لقولهم: إن الحد يجب بالشرب، والتعزير للسكر أو للهجر(١). لأن التعليل للشارب إذا لم يسكر ولم يهجر(٢).

[١٩٤٢/٤] **مسألة:** حد السكر الذي يوجب الفسق على شارب النبيذ ويمنع صحة العبادات ودخول المسجد هو الذي يخلط في كلامه(٣).

---

(١) هكذا بالمخطوط ولم يتضح لي.

(٢) هكذا بالمخطوط ولم يتضح لي.

(٣) وبه قال مالك. انظر: المغني ١٢/ ٥٠٦، وتفسير القرطبي ٥/ ٢٠٤.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو الذي لا يعقل صاحبه الأرض من السماء، ولا المرأة من الرجل[(١)].

لقوله تعالىٰ: ﴿**لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ**﴾[(٢)]. فجعل معرفة الكلام والعلم به غاية للسكر، يدل علىٰ أن اختلاط الكلام يوجب كونه سكراناً.

ولأن هذا يسمىٰ سكراناً في العادة، ووجوب الحد يتعلق به، فوجب أن يحد، وقد أنشد المبرد[(٣)] في هذا المعنىٰ قول أبي نواس[(٤)]:

اسقني حتىٰ تراني حسناً عندي القبيح[(٥)]

قال المبرد: فإذا استحسن في حال شربه ما كان يستقبحه قبل شربه فقد سكر.

[**١٩٤٣/٥**] **مسألة:** إذا أقر بشرب الخمر والرائحة لا توجدُ حُد[(٦)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحد[(٧)].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٢٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٩.

(٢) النساء (٤٣).

(٣) المُبَرَّد هو: محمد بن يزيد بن عبدالأكبر الثمالي الأزدي، أبوالعباس، المعروف بالمبرد: إمام العربية في بغداد في زمنه.

(٤) هو الحسن بن هاني بن عبدالأول بن صالح الحكمي بالولاء، أبو نواس، شاعر العراق في عصره (ت ١٩٨ هـ).

(٥) لم أجد هذا البيت في ديوان أبي نواس.

(٦) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٥٠١؛ وكشاف القناع ٦/ ١١٨؛ والذخيرة ١٢/ ٢٠٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٨.

(٧) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٨.

لان الإقرار لفظ يثبت به إقامة حد الشرب، فلا نعتبر معه بقاء الرائحة، دليله: إذا أخذه الشهود والرائحة موجودة، ثم انقطعت قبل أن يرفع إلى الإمام، ثم رفع إليه بعد ذلك أنه تقبل شهادتهم.

[١٩٤٤/٦] **مسألة:** يجب حد الشرب بوجود الرائحة[١].

خلافاً لمالك في قوله: إن شهد اثنان أن هذا رائحة خمر حد، وصفة الشاهدين على الرائحة أن يكونا ممن قد شربها في كفر أو إسلام ثم (تابا)[٢]. [٣]

لأنه يحتمل أنه أكره على الشرب، ويحتمل أن يكون يعتقدها غير مسكر فتبين مسكراً، ويحتمل أن يعتقد أنه مااشتدَّ فبان أنه اشتد.

ولأنه قد شم منه رائحة الشراب وإن لم يكن شرب، فإنه يقال: رائحة النَّبِق[٤] إذا أدرك رائحة الخمر، وكذلك رائحة التفاح الشامي.

[١٩٤٥/٧] **مسألة:** حد شرب الخمر يستوفى بالسوط[٥].

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٥٠١؛ وكشاف القناع ٦/ ١١٨.

(٢) في المخطوط (تاب).

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٣٦٨؛ والاستذكار لابن عبدالبر ٢٤/ ٢٥٩، ومذهب الحنفية في هذه المسألة: أنه لايحد. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٩٩، ومذهب الإمام الشافعي في هذه المسألة: أنه لا يحد الذي يوجد منه ريح الخمر، إلا بأن يقول: شربت خمراً أو مسكراً، أو يشهد عليه بذلك. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٧٨.

(٤) النَّبِق: حمل السدر. انظر: مختار الصحاح، مادة «نبق».

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤٣؛ والمغني ١٢/ ٥٠٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٩٠؛ وتحفة لفقهاء ٣/ ٣٢٧؛ والتفريع ٢/ ٢٢٧.

خلافاً للشافعي في قوله: يقام عليه بالأيدي، والنعال، وأطراف الثياب[١].

لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من شرب الخمر فاجلدوه»[٢]. وإنما يكون الجلد بالسوط.

ولأنه حد وعدد، فكان بالسوط، كالزنا، والقذف.

[١٩٤٦/٨] **مسألة:** إذا زاد الإمام على الحد سوطاً، فمات، وجب عليه كمال الدية[٣].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يتقسط[٤].

لأن الإتلاف حصل عن فعل مستحق وغير مستحق، فكمل الضمان في جنبة غير المستحق، / دليله: لو استأجر دابة لمسير أربعين فرسخاً، فجاوز بها فرسخاً [٢٥٨]

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٨٥.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسند أبي هريرة (٧٧٦٦)، وفي مسند عبدالله بن عمرو (٦٨٠٥)، وفي مسند معاوية بن أبي سفيان، (١٦٨٤٧)، وفي مسند عبدالله بن شرحبيل بن أوس، (١٨٠٧٥). المسند ٢/ ٦٢٢، ٣/ ١١٨، ٦/ ١٧، ٦/ ٣٠٥. وعبد بن حميد (٤٠٨). المنتخب لعبد بن حميد ١/ ٣٧٣، وأبوداود في الحدود: باب إذا تتابع في شرب الخمر (٤٤٨٤)٤/ ١٦٣، والترمذي في الحدود: باب ما جاء في من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه، (١٤٤٤) ٢/ ٨٥، والنسائي في الأشربة: ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر وحد الخمر (٥١٧١/ ٣). السنن الكبرى للنسائي ٣/ ٢٢٧، وابن ماجة في الحدود: باب من شرب الخمر مراراً. (٢٥٧٣) ٢/ ٨٥٩، والدارمي في الأشربة: باب العقوبة في شرب الخمر. (٢١٠٥) ٢/ ١٥٦ . وقد صححه الألباني. انظر: صحيح سنن الترمذي ٢/ ٧٢؛ وصحيح سنن ابن ماجة ٢/ ٨٥.

(٣) انظر: المغني ١٢/ ٥٠٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٤٧.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٨٥.

وماتت ضمن كمال القيمة، كذلك ها هنا، ولايلزم عليه إذا جرح نفسه وجرحه غيره، أو جرحه في حال ردته جرحاً وبعد إسلامه آخر، ومات أن الضمان يتقسط، لقولنا: «مستحق وغير مستحق» وليس واحد من الجرحين مستحقاً، وكذلك إذا جرح صيداً وجرحه آخر ومات يسقط الضمان، لأن جرحه لصيد نفسه لا يوصف بالاستحقاق، وإذا كان كذلك لم يسلم في الأصل أنه تلف بفعل مستحق وغير مستحق، ولايلزم عليه ولي القصاص إذا جرح القاتل جرحاً في محل القصاص، وجرحه آخر، ومات منهما أن جميع الضمان على الأخير على قياس مسألتنا (لكون)[1] أحد الجرحين مستحق والآخر غير مستحق.

ولا معنى لقولهم: إذا جاوز الموضع يضمن بثبوت يده لا بالسراية، ألا ترى أنه متى غصب بهيمة، فتلفت في يده من غير أن يسيرها ضمنها، وليس كذلك هاهنا، لأن الضمان لأجل السراية، والسراية حصلت عن مضمون وغير مضمون، لأن علة الأصل تبطل بمن قطع يد عبد، ثم غصبه غاصب، وقطع يده الأخرى، ومات العبد بسرايتهما، فإن الضمان عليهما، وإن كان الغاصب قد ثبتت يده عليه، وعلة الفرع تبطل بمن رمى صيداً فأثبته ولم يوجبه، ورماه آخر رمية أخرى غير موجبة، ومات من الجرحين فإن الضمان يجب جميعه على الأول، وإن كنا نعلم أنه مات بالسراية من فعل مضمون وهو الثاني، وغير مضمون وهو الأول، وهذا أصل مسلم مذكور في كتاب الصيد[2]، وجعلوا العلة

---

(١) في المخطوط (لكن) ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٨٤-٢٨٥.

فيه أن ضمان الصيد بالتحريم، والتحريم حصل من الثاني دون الأول، وهذا أصل جيد يقاس عليه بالعبارة المذكورة، وما ذكره من أن الضمان يتعلق بالتحريم لا يصح، لأن الضمان يتعلق بالإتلاف، وبالإتلاف يحصل التحريم، والإتلاف حصل من فعلهما جميعاً.

[**١٩٤٧/٩**] **مسألة:** لايجوز شرب الخمر في حال الضرورة من عطش أو دواء[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز شربها خوف العطش، ولا يجوز لأجل التداوي بها[٢].

لما روىٰ أحمد بإسناده عن طارق بن سويد، أنه سأل النبي ﷺ عن ذلك، وقال: إنما أصنعها للدواء. فقال: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء»[٣].

وبإسناده عن ابن مخارق[٤] أن النبي ﷺ دخل علىٰ أم سلمة وعندها نبيذ في جرة، فسمع النبي ﷺ [والنبيذ][٥] يهدر، قال لها: «ما هذا؟» قالت: فلانة

(١) وبه قال المالكية، ووجه عند الشافعية وقال به أكثر الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٤٩٩ـ٥٠٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٤٧٦ـ٤٧٧؛ وكشاف القناع ٦/ ١١٦ـ١١٧؛ حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ٣٥٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٦.

(٢) ووجه عند الشافعية . انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٢٦، وروضة الطالبين ٧/ ٣٧٦ .

(٣) رواه الإمام أحمد في مسند الكوفيين، حديث طارق بن سويد، (١٨٨١٠). مسند الإمام أحمد ٦/ ٤٦٢؛ ومسلم في كتاب الأشربة: باب تحريم التداوي بالخمر (١٩٨٤) (١٢) صحيح مسلم ٣/ ١٥٧٣.

(٤) هو حسان بن مخارق.

(٥) ساقط من المخطوط، وما أثبته هو ما ذكره رواة الحديث.

اشتكت بطنها، فبعثت إليها، فدفعه برجله، وكسره، ثم قال: «إن الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء»[١].

/ ولأنه شارب للخمر مع علمه بالتحريم من غير إكراه ولا غلبة ظن في إزالة [٢٥٩] ضروره، فوجب أن يحرم عليه ذلك، دليله: إذا لم يضطر إلىٰ شربها، ولايلزم عليه إذا أُكره، لقولنا: «من غير إكراه»، ولايلزم عليه إذا وقفت لقمه في حلقه فلم يجد [ما][٢] يدفعها أنه يجوز أن يزدردها بالخمر، لأنه يغلب علىٰ ظنه زوال ضرورته في تلك الحال كأكل الميتة، وها هنا لا يغلب علىٰ ظنه، لأن الخمر يعطش ولا يروي، وكذلك لا يتحقق زوال المرض بها مع قول النبي ﷺ: «ما جعل [الله][٣] شفاء أمتي فيما حرم عليها»[٤].

[١٩٤٨/١٠] **مسألة:** إذا صالت البهمية علىٰ إنسان، فلم يتمكن من دفعها

(١) رواه أبويعلىٰ في مسند أم سلمة زوج النبي ﷺ (٦٩٦٦) (٨٨). من طريق أبي خيثمة، حدثنا جرير، عن الشيباني، عن حسان بن مخارق، عن أم سلمة مرفوعاً. مسند أبي يعلي الموصلي ١٢/ ٤٠٢، والبيهقي في الضحايا: باب النهي عن التداوي بالمسكر. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٥. قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/ ٨٦: «رواه أبويعلىٰ والبزار، ورجال أبي يعلىٰ رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق وقد وثقه ابن حبان».

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) رواه أبويعلىٰ في مسند أم سلمة زوج النبي ﷺ (٦٩٦٦) (٨٨). من طريق أبي خيثمة، حدثنا جرير، عن الشيباني، عن حسان بن مخارق، عن أم سلمة مرفوعاً. مسند أبي يعلي الموصلي ١٢/ ٤٠٢، والبيهقي في الضحايا: باب النهي عن التداوي بالمسكر. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٥. قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/ ٨٦: «رواه أبويعلىٰ والبزار، ورجال أبي يعلىٰ رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق وقد وثقه ابن حبان».

إلا بقتلها، فقتلها فلا ضمان عليه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليه الضمان[٢].

لأنه إتلاف بدفع جائز، فلم يتعلق به الضمان، أصل ذلك: إذا صال عليه عبد بالغ عاقل فقتله، ولايلزم عليه إذا غصب بهيمة، فصالت عليه، فقتلها على وجه الدفع أنه يضمن، لأن هذا الضمان لم يتعلق بالإتلاف، وإنما تعلق بالغصب السابق، ألا ترى أنه لو تعذر عليه رده بما لا صنع له فيه وجب عليه ضمانه، ولو صال (على)[٣] غير الغاصب، فقتله لم يتعلق ضمانه على القاتل وإنما ضمانه على الغاصب ولا يرجع به على القاتل الدافع.

ولامعنى لقولهم: إن السيد لا يملك إباحته، فلم يعتبر وجود الإباحة من جهته وإنما يعتبر إباحة من إليه حظر دمه، وهو الله سبحانه، فإذا شهر على رجل سلاحاً، فقد ارتفع الحظر من جهته، ووجدت الإباحة، والإباحة إليه دون مالكه، فلم يجب على قاتله شيء، وليس كذلك في مسألتنا، لأن صاحبه يملك إباحته ولم توجد الإباحة من جهته، فيجب أن لا يسقط الضمان عن متلفه، كالطعام. لأن هذا لا يوجب الفرق بينهما في مسألتنا كما لم يوجب الفرق بينهما في إباحة إتلافه، ولما ثبت تساويهما في جواز الإتلاف يجب أن يتساويا في إسقاط الضمان، وعلى أن السيد لما لم يملك إباحته، فإن إباحته مؤثرة في إسقاط

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤٨؛ والمغني ١٢/ ٥٣٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٠٩؛ والذخيرة ١٢/ ٢١٦، واللباب في الفقه الشافعي ص٣٨٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٥٨؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص٥٠٦.

(٣) في المخطوط (عليه) ولعل الصواب ماأثبت.

الضمان، بدليل: أنه لو أذن لغيره في قتله من غير صول لم يضمن قيمته، ولو قتله من غير إذن ضمن قيمته.

[١٩٤٩/١١] **مسألة:** إذا عض رجل يد رجل حال الخصومة أو غيرها، فانتزع يده، فسقطت سن العاض فلا ضمان عليه[(١)].

خلافاً لمالك في قوله: عليه الضمان[(٢)].

لما روىٰ أحمد بإسناده عن صفوان بن يعلىٰ بن أمية، عن أبيه قال: قاتل أجير لي رجلاً فعض يده، فانتزع يده من فيه فأندر[(٣)] ثنيته. فأتىٰ النبي ﷺ فاهدره. قال: «أيدع يده في فيك تقضمها كما يقضمها الفحل»[(٤)].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لعله كان لا يقدر علىٰ منعه من / العض بوجه آخر غير قلع [٢٦٠] سنه. لأنه لو كان الحكم يختلف لكان النبي صلىٰ الله عليه وسلم يستقص له.

ولأن النبي ﷺ جعل العلة أن يده في فيه يقضمها، وهذا المعنىٰ موجود فيه وإذا كان قادراً علىٰ نزعها بوجه آخر.

---

(١) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٥٣٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٠٧؛ وعمدة القاري ١٩/ ٣٣٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٩٣.

(٢) انظر: الذخيرة ١٢/ ٢٦٣؛ والشرح الصغير ٦/ ٢٣٨؛ وحاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير ٦/ ٢٣٨.

(٣) ندر الشيء: سقط، وأندره غيره: أي أسقطه. انظر: لسان العرب، مادة «ندر».

(٤) رواه البخاري في الديات: باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه (٦٨٩٢). صحيح البخاري ٤/ ٢٧١، ومسلم في القسامة: باب الصائل علىٰ نفس الإنسان أو عضوه إذا دفعه المصول عليه فأتلف نفسه أو عضوه، لا ضمان عليه (١٦٧٣) (١٨). صحيح مسلم ٣/ ١٣٠.

ولأن حرمة النفس آكد من حرمة السن، ثم ثبت أنه لو قصده فلم يمكنه دفعه إلا بقتله فقتله لم يلزمه ضمان النفس، فبأن لا يجب ضمان السن أولىٰ.

[١٩٥٠/١١] **مسألة:** إذا اطلع في بيت رجل، فنظر إلىٰ حرمته، أو عورته، فله أن يرمي عينيه، فإذا فعل، فذهبت فلا ضمان[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عليه الضمان[٢].

لما روىٰ أبوهريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم، ففقؤوا عينه فلا دية ولا قصاص»[٣].

ولأن السنة وردت في رمي عينه، كما وردت في نزع يد المعضوض من فم العاض، ثم شأنه لايلزم المعضوض يده أن يسئل العاض بالقول ويزجره بالكلام ليزيل فمه عنه، وجاز له نزعها وإن سقطت أسنانه، كذلك يجب أن يجوز له رمي عينه من غير أن يزجره بقوله وشده ليقيه، لتساويهما في الأذن.

[١٩٥١/١٢] **مسألة:** ما أفسدته البهائم بالنهار فليس علىٰ صاحبها ضمان إذا لم تكن يده عليها، وماأفسدت بالليل فضمانه عليه[٤].

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٢/ ٥٣٩؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٠٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٩٧.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: عمدة القاري ١٩/ ٣٤٨، والذخيرة ١٢/ ٢٦٣.

(٣) رواه البخاري في الديات: باب من أطلع في بيت قوم ففقؤوا عينه فلا دية له (٦٩٠٢) صحيح البخاري ٤/ ٢٧٤، ومسلم في الآداب: باب تحريم النظر في بيت غيره، (٢١٥٨) (٤٣). صحيح مسلم ٣/ ١٦٩٩.

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٤٩؛ والمغني ١٢/ ٥٤١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤١٤؛ والتفريع ٢/ ٢٨٢-٢٨٣؛ وروضة الطالبين ٧/ ٣٩٩.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ضمان على أربابها إلا أن يكون معها قائداً، أو راكباً، أو سائقاً، أو مرسلاً[١].

لما روى البراء بن عازب أنه كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن ما أصابت الماشية بالليل فهو على أهلها»[٢].

ولأنه مُفَرِطٌ في جنى بهيمته، فوجب أن تكون بمنزلة جنايته في حكم الضمان، أصله: إذا كان معها، ولا يلزم عليه إذا أفسدت بالنهار، لأنه غير مفرط، لأنه مأذون له في إرسالها نهاراً، وإنما التفريط في الزرع والأموال، ولا يلزم عليه أيضاً: إذا انفلتت البهيمة ليلاً، لأنه غير منسوب إلى التفريط، وكذلك إذا ردها إلى بيتها وأغلق الباب، فدخل لص وفتح الباب، وتركه مفتوحاً، فخرجت البهمية، وأفسدت وكذلك إذا سقط الحائط، فخرجت البهيمة، وأفسدت، وكذلك إذا كانت الجمال في البادية وكانت عادتهم عقلها، وهو شد ركبها ففعل ذلك، فتمرغت وحلت العقال، أو قطعته،

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٥٤٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٣٠٥.

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ في الأقضية: باب القضاء في الضواري والحريسة، (٣٧). الموطأ ٢/ ٧٤٧، وعبدالرازق في العقول: باب الزرع تصيبه الماشية (١٨٤٣٧) مصنف عبدالرازق ١٠/ ٨٢، وابن أبي شيبة في الديات: الدابة والشاة تفسد الزرع (٨٠٢٥). مصنف ابن أبي شيبة ٩/ ٤٣٥، وأبوداود في البيوع: باب المواشي تفسد زرع قوم (٣٥٦٩)، (٣٥٧٠) ٣/ ٢٩٦، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان (٦٠٠٨) ١٣/ ٣٥٤-٣٥٥، والدارقطني في الحدود والديات وغيرها(٢١٧) سنن الدارقطني ٣/ ١٥٥. وقد صحح هذا الحديث الألباني: انظر: إرواء الغليل ٥/ ٢٦٢.

وأفسدت أنه لا ضمان عليه، لأنه غير مفرط، ولايلزم عليه إذا أفسدت زرع صاحبها، / لأنا قلنا: «فوجب أن تكون بمنزلة جنايته في حكم الضمان» ومن [٢٦١] حكم جنايته على زرعه أن لا ضمان، وكذلك إذا كانت بهيمة لحربي، فأفسدت زرع مسلم، أو كافر، أو كانت بهيمة لمسلم، فأفسدت زرع حربي أنه لا ضمان، لأن صاحبها لو أتلف لم يجب الضمان.

[١٩٥٢/١٤] **مسألة:** إذا نفحت الدابة برجلها وصاحبها يسير عليها فلا ضمان عليه[١].

خلافاً لمالك في قوله: لا ضمان عليه سواء نفحته برجلها إذا لم يكن من جهة راكبها، أو قائدها وسائقها سبب[٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: يضمن ما جنت يدها ورجلها[٣].

لما روى أبوهريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الدابة جرحها جبار، والرجل جبار، واليد جبار، والمعدن جبار»[٤]. ومعناه: جناية الرجل جبار، والجبار: الهدر، ففيه دلالة على مالك في اليد من جهة دليل الخطاب، لأنه خص الرجل

---

(١) وبه قال أبو حنيفة. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٥٠؛ والمغني ١٢/ ٥٤٣-٥٤٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤١٧-٤١٨، وعمدة القاري ١٩/ ٣٥٤.

(٢) انظر: موطأ الإمام مالك ٢/ ٨٦٩؛ والذخيرة ١٢/ ٢٦٤.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٢١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٠٠.

(٤) رواه البخاري في الديات: باب المعدن جبار، والبئر جبار (٦٩١٢). صحيح البخاري ٤/ ٢٧٦، ومسلم في الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار (١٧١٠) (٤٥) (٤٦). صحيح مسلم ٣/ ١٣٣٤-١٣٣٥.

بالجبار، ودلالة على الشافعي في الرجل من لفظه ونطقه.

ولأن راكبها لا يمكنه التحفظ من نفحها بالرجل، فوجب أن يكون هدراً قياساً [على][(١)] جرح العجماء المنفلته، والبئر إذا أنهار على الأجير، ولايلزم عليه جناية اليد والفم، لأنه يمكن الراكب والسائق من التحفظ منها بأن يعدل بها عن ذلك بمشاهدته، ولايلزم عليه جناية الرجل إذا كان سائقاً، لأنه لا يمكنه التحفظ من نفحها وإن كان يشاهدها، ولهذا السائق لها تصيبه برجلها.

[١٩٥٣/١٥] **مسألة:**[(*)] [الختان][(٢)] واجب في الرجال والنساء[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب وإنما يستحب[(٤)].

لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: لرجل أسلم: «ألق عنك شعر الكفر واختتن»[(٥)] فهذا أمر. ذكره أبو داود.

ولأنه قطع طرف لحق الله، فوجب أن يكون واجباً، دليله: قطع اليد والرجل

(١) ساقط من المخطوط.

(*) هذه المسألة مكانها في كتاب الطهارة عند الحنابلة.

(٢) في المخطوط (الخيار) وهو خطأ.

(٣) مذهب الحنابلة في هذه المسألة: أن الختان واجب على الرجال، ومكرمة في حق النساء، وليس بواجب عليهن. انظر: كتاب التمام ٢/ ٢١٥؛ والمغني ١/ ١١٥.

(٤) وبه قال مالك. انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٠٤؛ والفتاوي الهندية ٥/ ٣٥٦-٣٥٧؛ والتفريع ٢/ ٣٤٧.

(٥) رواه أبوداود في الطهارة: باب في الرجل يسلم فيؤمر بالغسل، (٣٥٦) ١/ ٩٧، والبيهقي في الطهارة: باب الكافر يسلم فيغتسل. السنن الكبرى للبيهقي ١/ ١٧٢. وقد حسن هذا الحديث الألباني: انظر: إرواء الغليل ١/ ١٢٠.

في السرقة.

ولايلزم عليه قطع الظفر، وحلق العانة، لأنه ليس بطرف.

ولايلزم عليه قطع اليد للآكله، لأنه لحق آدمي. ولأن ستر العورة واجب وإبداؤها محرم، فلما جاز ترك هذا الواجب لأجل الختان ثبت أنه واجب، لأنه لا يجوز ترك الواجب (إلى)[1] غير واجب[2].

(١) في المخطوط (لامن).

(٢) انظر: المغني ١/ ١١٥.

كتاب السير[1]

[١٩٥٤/١] **مسألة:** إذا دخل دار الحرب[2] قوم ليست معهم منعة بغير إذن الإمام فما أصابوه ففيه الخمس[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو لهم غير مخموس[4].

لأن كل / طائفة تخمس غنيمتها إذا دخلت دار الحرب بإذن الإمام فإنها [٢٦٢] تخمس إذا دخلت بغير إذنه، دليله: إذا كانت لهم منعة.

ولأنه لو كان في جماعة لهم منعة لأخذ الخمس إذا كان وحده، دليله: إذا دخل بإذن الإمام.

ولا معنى لقولهم: أنه مأخوذ بغير ظهر الإمام. لأن الإمام يجب عليه نصرتهم، وإن دخلوا بغير إذنه، ولا نسلم أنه لامنعة لهم، لأن المنعة هي القوم

(١) السير: بكسر السين وفتح الياء، جمع سيرة، والسيرة لغة: تستعمل في معنين، أحدهما: الطريقة، يقال: سار في الناس سيرة حسنة أو قبيحة. والثاني: الهيئة، قال الله عز وجل ﴿سنعيدها سيرتها الأولى﴾«طه: ٢١». أي: هيئتها. وغلب السير في ألسنة الفقهاء: بسير النبي ﷺ في مغازيه. وسميت المغازي سيراً، لأن أول أمرها السير إلى العدو، لأن المراد بها سير الإمام إلى العدو، وتسمى أيضاً: بكتاب الجهاد، والمغازي. انظر: المصباح المنير، مادة «سير»، والتعريفات ص ١٦٣.

(٢) دار الحرب: هي بلاد الكفار الذين لا صلح لهم مع المسلمين. انظر: القاموس الفقهي ص ٨٤.

(٣) وبه قال جمهور الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ١٦٧-١٦٨؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٩٧-٤٩٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٥٧.

(٤) وبه قال المالكية، وهو رواية ثانية مرجوحة عن الإمام أحمد. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤١؛ والتفريع ١/ ٣٥٨؛ والمغني ١٣/ ١٦٧.

والغلبة لمن أخذوه منه وغلبوه عليه، وهذا موجود منهم، ولا نسلم الأصل وهو المباحات، لأنه لا ينفرد به آخذه من بين سائر الجيش. نص عليه[١].

[١٩٥٥/٢] **مسألة:** ما أخذه من مباحات دار الحرب، كالحجارة التي لها قيمة، والخشب الذي له قيمة، والعسل الذي حصل من الذبان الذي ليس بمملوك، والصيود فهو غنيمة يجب قسمته بين جميع الجيش بعد الخمس ولا ينفرد به أحد[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: هو لمن أخذه ولايجب تخميسه، ولا مشاركة الجيش فيه وله بيعه ويملك ثمنه[٣].

لأنه مأخوذ من دار الحرب على وجه القهر مرغوب فيه في العادة فكان غنيمة، دليله: المملوك.

وفيه احتراز من الحشيش، والشيء التافه[٤].

[١٩٥٦/٣] **مسألة:** [إذا] [٥] أخذ المسلمون دواب أهل الحرب ومواشيهم ولم يمكنهم إخراجها إلى دار الإسلام وخافوا أخذها منهم لم يجز عقرها إلا لمأكله[٦].

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ١٢٣.

(٢) وبه قال المالكية، انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٧-١١٧٨؛ والمغني ١٢/ ١٢٣؛ والذخيرة ٣/ ٤١٩.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٥٨؛ وحلية العلماء ٧/ ٦٦٨.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ١٢٦.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) وبه قال الشافعية وقالوا: أيضاً: إذا خيف أنهم إذا أخذوها قاتلونا عليها جاز إتلافها. انظر: المغني ١٣/ ١٤٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٤٨٦؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٥٦.

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يذبح الحيوان، ويحرق المتاع، ويكسر السلاح[١].

لأنه حيوان فلا يجوز قتله لمغايظة المشركين، دليله: النساء والصبيان[٢]، ولايلزم عليه قتل الأسير[٣]، فإنه يقتل لكفره لا لغيظهم، ولايلزم عليه قتل الدابة إذا كان الكافر عليها، لأن قتلها لِقتل صاحبها لا لغيظهم، لأنها آلة له، فيتوصل بقتلها إلى قتله، ولأن قتلها في تلك الحال على وجه الدفع لا لغيظهم[٤].

[**١٩٥٧/٤**] **مسألة**: لا يقتل العميان، ولا المقعد، ولا أصحاب الصوامع الذين (طينوا الباب)[٥] عليهم لايخالطون الناس، ولا الشيخ الذي ليس له رأي ولاتدبير[٦].

(خلافاً)[٧] للشافعي في أحد قوليه: يقتلون[٨].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/ ٢٥٠؛ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥/ ٩٠؛ والتفريع ١/ ٣٥٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٢.

(٢) حيث لا يجوز قتلهم. انظر: المغني ١٣/ ٤٤.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: كشاف القناع ٣/ ٤٨.

(٥) في المخطوط (ضيقوا الناس) والصحيح ما أثبت. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/ ٤٥٥.

(٦) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٨٦-١١٨٧؛ والمغني ١٣/ ١٧٥-١٧٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٤٢و٥٤٥؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٢٩٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٤٤.

(٧) في المخطوط (وخلافاً) بالواو في أوله.

(٨) وهذا أصح القولين عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٤٤.

لما روىٰ علي قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان، والشيوخ الفنا»[(١)] [(٢)].

ولأن الشيوخ وأصحاب الصوامع لا يقاتلون في العادة لا لعلة مانعة، ولا [٢٦٣] يحصل منهم نكاية في المسلمين، / فهم كالنساء، والصبيان، ولا يلزم عليه إذا كان له رأي، لأن فيهم نكاية، ولا يلزم عليه الجريح، لأن عجزه لعلة.

ولا معنىٰ لقولهم: إن النساء، والصبيان لم يكونوا من أهل القتال، والشيخ كان من أهله، فهو كالجريح. لأن الذمي، والمستأمن كانا من أهله ولا يقتلان[(٣)].

[١٩٥٨/٥] **مسألة:** إذا قتل كافراً لم تبلغه الدعوة لم تلزمه الدية. ذكره أبوبكر[(٤)] [(٥)].

خلافاً للشافعي في قوله: تلزمه الدية، فإن كان نصرانياً، أو يهودياً فديته ثلث

(١) الفنا: أي كبير السن.

(٢) رواه البخاري في الجهاد: باب قتل الصبيان في الحرب (٣٠١٤)، وفي باب قتل النساء في الحرب (٣٠١٥). صحيح البخاري ٢/ ٣٦٢، ومسلم في الجهاد والسير: باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب (١٧٤٤) (٢٤)، (٢٥). صحيح مسلم ٣/ ١٣٦٤.

(٣) هذا إذا لم يشارك الذمي والمستأمن في قتال المسلمين، أما إذا اشتركا فقد نقضا العهد الذي بينهم وبين المسلمين فيحل قتالهم.

(٤) ويفهم من كلام الحنفية حيث لابأس عندهم بالإغارة علىٰ الكفار قبل الدعوة. انظر: المغني ١٣/ ٣١؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٤٢٥.

(٥) مذهب المالكية في هذه المسألة ليس علىٰ قاتله سوىٰ الاستغفار. انظر: حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/ ١٧٧؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ١٧٧.

دية المسلمين، وإن كان وثنيا أو مجوسيا فثمانمائة درهم[١].

لأنه ليس له أتمان ولا أمان، فوجب أن لا يكون لدمه قيمة، دليله: الكافر الذي بلغته الدعوة.

ولا يصح قولهم: إن له أماناً بدليل: أنه لا يجوز قتله. لأنا نعني به أنه ليس بيننا وبينه عقد أمان، وكونه غير مباح الدم لا يوجب ضمانه، كالنساء، والصبيان.

[**١٩٦٣/٦**] **مسألة:** يصح أمان العبد لآحاد المشركين سواء أذن له سيده في القتال أو لم يأذن[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يصح أمانه إلا أن يكون سيده أذن له في القتال.[٣]

لأنه مسلم يعقل الأمان، فصح أمانه، كالحر والعبد المأذون له في القتال[٤]، ولا يلزم عليه الذمي[٥]، لقولنا: «مسلم» ولا الطفل[٦]، لقولنا: «يعقل»، ولا

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٤/ ٢١٢و٢١٤.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٨-١١٦٩؛ والمغني ١٣/ ٧٥-٧٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٧٢.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٩٢؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٢٩٦.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٧٥.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق.

الأسير لأنه يصح أمانه إذا عقده لمشرك من غير إكراه[(١)]. نص عليه.

وكل من صح أمانه إذا أدركه في القتال صح وإن لم يؤذن له، دليله: من عليه دين[(٢)]، وكمن له ديون يبين صحة هذا: أن الأمان قطع للقتال، فلما صح من العبد قطع القتال في الموضع الذي هو مأمور بالقتال فبأن يصح منه ذلك في الموضع الذي لم يؤمر بالقتال أولى.

ولامعنى لقولهم: إن الإذن في القتال يقتضي الإذن في الأمان. لأنه لا يجوز أن يكون الإذن في القتال إذناً في الأمان، لأن الأمان يقطع القتال، وهو مأذون له في القتال، ألا ترى أن الإذن في البيع لا يكون إذناً في فسخه، والإذن في قبض الدين لا يكون إذناً في إسقاطه، ولا يشبه هذا إذن السيد لعبده النكاح أنه يستفيد به الطلاق، لأنه لم يستفد الطلاق بالإذن في النكاح وإنما استفاده بملك البضع.

[١٩٦٤/٧] **مسألة:** يصح أمان الصبي إذا كان يعقل[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لا يصح[(٤)].

لأنه مسلم يعقل الأمان، فصح أمانه، دليله: البالغ.

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٣/ ٧٧.

(٢) فإنه لا يجوز له الخروج للغزو إلا بإذن غريمه إلا أن يترك وفاء، ويقيم به كفيلاً، أو يوثقه برهن. انظر: المرجع السابق ١٣/ ٢٧.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٧٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨٦؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ١٨٥؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ١٨٥.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٢٩٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٧٢؛ والتذكرة في الفقه الشافعي ص ١٥٥.

ولأنه عقد يلزم الإنسان حكمه بفعله وفعل غيره، فصح من الصبي، دليله: الإيمان، والإحرام[١].

[١٩٦١/٨] **مسألة**: إذا وجد الأمان من آحاد المسلمين لكافر بعد الأسر صح أمانه[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يصح أمانه[٣].

لأن أبا موسى / الأشعري لما فتح تستر[٤] أخذ الهرمزان[٥] (فأنفذه)[٦] إلى عمر [٢٦٤] [فقال عمر][٧]: لا بأس (عليك)[٨] ثم هم عمر بقتله. فقال له أنس: ليس لك ذلك هذا وقد أمنته، فتركه[٩]. وهذا أمان بعد الأسر.

---

(١) فإنه يصح من الصبي المميز. انظر: المغني ٥/ ٥١.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٧٧-٧٨؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٥١٦؛ والذخيرة ٣/ ٤٤٥.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٤/ ١٩٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٧٢.

(٤) تُسْتَر: مدينة بخوزستان افتتحها أبوموسى الأشعري في عهد عمر بن الخطاب، وهي مدينة مشهورة بأرض الأهواز، كثيرة الخيرات ينسب إليها سهل بن عبدالله التستري، وفيها قبر البراء بن مالك الأنصاري. انظر: معجم البلدان ٢/ ٢٩-٣١؛ وأخبار الدول وآثار الأول في التاريخ ص ٣٣٠.

(٥) الهرمزان من قادة أهل فارس. بعث به أبوموسى إلى عمر لما استولى على تستر، ثم أسلم على يد عمر. انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/ ٦٥؛ وتقريب التهذيب ٢/ ٣١٧.

(٦) في المخطوط (فانفذته).

(٧) ساقط من المخطوط.

(٨) كلمة لم تتضح في المخطوط وهي ما أثبت.

(٩) رواه أبوعبيد في كتاب الأموال (٣٠٤) ص ١٢٢، وسعيد بن منصور في الجهاد: باب قتل الأسارى، والنهي عن المثلة، سنن سيعد بن منصور ٢/ ٢٩٥، وابن أبي شيبة في الجهاد: في الأمان ما هو وكيف هو؟ (١٥٢٤٩). مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٤٥٦-٤٥٧، والبيهقي في السير: باب كيف الأمان. السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ٩٦. وهذا الأثر عند ابن أبي شيبة من طريق مروان بن معاوية، عن حميد، عن أنس. وهذا السند صحيح فجميع رواته ثقات.

ولا معنىٰ لقولهم: إن عمر إمام له المن، فكان قوله: «لا بأس» مناً منه عليه. لأن لفظ الأمان غير لفظ المن، وفي الخبر: «كيف وقد أمنته» ولم يقل مننت عليه، ولو كان قد منّ عليه لأطلقه، لأن عادة المن الإطلاق.

ولأنه لم يستقر حق الغانمين في رقابهم، بدليل: أن للإمام إسقاط حقهم بالمن، فصح الأمان، دليله: قبل الأسر إذا كانت الحرب قائمة[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه قبل (الأسر)[٢] لم يثبت للإمام حق، وبعد الأسر قد ثبت له حق القتل والاسترقاق ففي الأمان إسقاط لحقه، لأن قبل (الأسر) [٣] قد كان له قتلهم والصلح علىٰ مال وقد سقط ذلك بأمانه، كذلك بعد الأسر، وكل من جاز أمانه قبل الأسر جاز بعده، كالإمام.

ولأنه لو عفا بعض الورثة عن القصاص صح عفوه وسقط القصاص، كذلك إذا مَنَّ بعض[٤] يجب أن يسقط.

[١٩٦٢/٩] **مسألة:** تجب الحدود علىٰ من فعل أسبابها في دار الحرب، كالزنا، والسرقة، وشرب الخمر غير أنها لا تقام عليه في دار الحرب حتىٰ يخرجوا إلىٰ دار الإسلام[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان في دار الحرب إمام وجب الحد، وإن لم

(١) انظر: المغني ١٣/ ٧٨.

(٢) في المخطوط (الأسير) وما أثبت هو الصواب.

(٣) في المخطوط (الأسير) وما أثبت هو الصواب.

(٤) هكذا بالمخطوط ويظهر لي سقط بالكلام.

(٥) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٨٦؛ والمغني ١٣/ ١٧٢-١٧٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٤١.

يكن فيها إمام لم يجب[1].

وخلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][2]: يجب ويقام عليه في دار الحرب[3].

فالدلالة على أن الحد يجب في الجملة: أن كل دار وجبت فيها الحدود إذا كان فيها إمام وجبت فيها وإن لم يكن إمام، دليله: دار الإسلام، وكل من فعل معصية في دار الإسلام وجب عليه بها حد، فإذا فعلها في دار الحرب وجب عليه الحد، كما لو كان هناك إمام.

ولأن الحدود تتعلق بالأفعال، وإنما جعل استيفاؤها إلى الإمام، والمستوفى (لا تعتبر)[4] يده على موضع الوجوب، بدليل: أن حقوق الآدميين من قيم المتلفات جعل استيفاؤها إلى أصحابها، ولا يعتبر ثبوت (أيديهم)[5] على موضع الوجوب، كذلك الإمام.

والدلالة على أنها لا تستوفي في دار الحرب: ما روى أحمد بإسناده عن بسر بن أرطأة [قال][6]: سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن القطع في الغزو»[7].

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/ ١٨٢؛ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥/ ١٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: التفريع ١/ ٣٥٨؛ والأم ٧/ ٣٧٤.

(٤) في المخطوط (لا يغير) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٥) في المخطوط (أسهم).

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) رواه الإمام أحمد، في حديث بسر بن أرطأة (١٧٦٤٣). المسند ٦/ ١٩٦، وأبوداود في الحدود: باب الرجل يسرق في الغزو، أيقطع؟ (٤٤٠٨). سنن أبي داود ٤/ ١٤٢، وقد صححه الألباني. انظر: صحيح سنن أبي داود ٣/ ٨٣٣.

وبإسناده عن حكيم بن عمير قال: كتب عمر بن الخطاب لا يجلدن أمير جيش ولا سرية رجلاً من المسلمين وهو غازٍ حتي يقطع الدرب قافلاً، لا تحمله حمية الشيطان فيلحق بالكفار»[1].

ولأنه لا يمتنع أن يجب الحد ويؤخر استيفاؤه لغرض صحيح، كما قلنا في الحامل إذا زنت فإنه / لا يقام عليها الحد في الحال، وكذلك لا يقام في شدة الحر [٢٦٥] والبرد خوفاً عليه أن يهلك ويهلك الجنين،[2] كذلك هاهنا يجب أن يؤخر إلى دار الإسلام خوفاً أن (يضعف)[3] المسلمون بحده لحاجتهم إليه، وخوفاً أن تأخذه الحمية فيلحق بالعدو، وهذا تعليل الصحابة[4]، ولهذا أبحنا للغانمين أكل الطعام والعلف في دار الحرب وللحاجة إلى ذلك، لأنهم كرهوا القسمة في دار الحرب وإن كانت حقاً للغانمين.

[**١٩٦٣/١٠**] **مسألة**: إذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان، فقتل أحدهما صاحبه عمداً لزمه القود، وكذلك من أسلم هناك ولم يخرج إلينا حتى قتله

---

(١) رواه عبدالرزاق في الجهاد: باب هل يقام الحد على المسلم في بلاد العدو؟ (٩٣٧٠). مصنف عبدالرزاق٥/ ١٩٧، وابن أبي شيبة في الحدود: في إقامة الحد على الرجل في أرض العدو (٨٩١٠). مصنف ابن أبي شيبة ١٠/ ١٠٣. وهو عند عبدالرزاق من طريق ابن جريج قال أخبرني بعض أهل العلم أن عمر بن الخطاب كتب فذكره، وعند ابن أبي شيبة من طريق ابن المبارك، عن أبي بكر بن أبي مريم، عن حكيم بن عمير قال كتب عمر فذكره. وهذا الأثر ضعيف السند. فعند عبدالرزاق جهالة الرواة الذين روى عنهم ابن جريج، وعند ابن أبي شيبة لضعف أبي بكر بن أبي مريم. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٣٩٨.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٣٢٧.

(٣) في المخطوط (بعصف) وما أثبت هو الصحيح.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ١٧٣.

مسلم[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا قود وعليه الدية[٢].

لأنه لو قتله في دار الإسلام وجب عليه القصاص، كذلك إذا قتله في دار الحرب، كما لو قتله في عسكر المسلمين.

ولا معنىٰ لقولهم: إن يد الإمام ثابتة، وها هنا لا يد له. لأنا قد بينا أن للإمام حق الاستيفاء وثبوت يد المستوفىٰ علىٰ موضع الوجوب، وكل حكم وجب بالقتل في دار الإسلام جاز أن يجب بالقتل في دار الحرب، كالدية، والكفارة[٣].

[١٩٦٤/١١] **مسألة:** إذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان، فقتل أحدهما صاحبه خطأ، فإن لم يعلمه مسلماً لم تجب الدية، ووجبت الكفارة، وإن علمه مسلماً وجبت الدية، ولا فرق بين أن يعينه بالقتل أو لا يعينه، وكذلك الحكم في الحربي يسلم في دار الحرب فقتله مسلم مستأمن سواء هاجر إلينا ثم عاد إلىٰ دار الحرب أو لم يهاجر[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في المسلمين إذا دخلا دار الحرب بأمان، فقتل أحدهما صاحبه خطأ ضمنه بالدية سواء علمه مسلماً أو لم يعلمه، وإن أسلم الحربي في دار

(١) انظر: المغني ١١/ ٤٦٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٦-٣٦٧.

(٣) إذا فعل أسبابها في دار الحرب. انظر: المغني ١٢/ ٢٢٤.

(٤) هذه إحدىٰ الروايتين عن الإمام أحمد ورجحها القاضي أبو يعلىٰ، والرواية الأخرىٰ أن فيه الدية والكفارة. انظر: الروايتين ٢/ ٢٩٧

الحرب، فقتله مسلم مستأمن، فإن كان قد هاجر إلينا ثم عاد ضمنه بالدية، وإن لم يهاجر فلا دية عمداً قتله أو خطأً[١].

وخلافاً للشافعي في [في قوله][٢]: إن لم يعلمه مسلماً لم تجب الدية، وإن علمه مسلماً وجبت الدية، ومن أصحابه من قال: إن عينه وقتله وجبت الدية، وإن لم يعينه لم تجب[٣].

فالدلالة على أنه إذا لم يعلمه مسلماً لا دية: أنه مقتول في دار الحرب بفعل ليس بتفريط من جهته، فلا يجب بدل نفسه، أصله: إذا أسلم هناك ولم يخرج إلينا، ولا يلزم عليه مسلماً، لأنه منسوب فيه إلى التفريط، لأنه لو شد يده وصوب فعله لم يعدل عن المشرك إلى المسلم، ولم يخرج من جهة إلى جهة لم يقصد.

ولا معنى لقولهم: إنه لم يحرز دمه بدار الإسلام. لأنه إن لم يحرزه بالدار فقد أحرزه بالإسلام، يدل على صحة هذا: حقن دمه، وكان يجب أن يكون الاعتبار في الضمان بالإسلام، كما كان الاعتبار به في الحقن، / ويبين صحة هذا: أن [٢٦٦] الاعتبار في سقوط الضمان دون الدار يجب أن يكون في ثبوت الضمان بالإسلام دون الدار، ثم ثبت أن إسلامه في الأصل لم يوجب ضمانه، كذلك في مسألتنا.

والدلالة على أنه إذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم مع العلم بإسلامه عامداً أو مخطئاً ضمنه خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ضمان في العمد

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٦؛ والغرة المنيفة ص ١٧٤-١٧٥.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٤٧.

والخطأ: لأنه إسلام صار الدم به محقونا، فوجب أن يصير به مضموناً، أصله: الإسلام في دار الإسلام[١]، ولايلزم عليه إذا قتله وهو لا يعلم بإسلامه، لأن التعليل لكونه مضموناً في الجملة، ولايلزم عليه أعيان المسائل، ألا ترىٰ أنه مضمون في دار الإسلام وإن كان إذا قتله حربي لم يضمن ولم يدل ذلك علىٰ أن دمه غير مضمون، وكذلك في الجملة.

والدلالة علىٰ أنه لا اعتبار بالتعيين وإنما الاعتبار بالعلم بإسلامه: أن التفريط إنما يحصل بالعلم بإسلامه دون التعيين، لأنه إذا لم يكن عالماً بحاله فهو مأمور بتعينه بالرمي وقصده بالقتل، كما هو مأمور برمي سائر أهل الحرب، فإذا علم بإسلامه وقصده كان متعدياً، وإن قصد غيره فقتله فقد فرط، لأنه لو شدد يده وصوب رميته لم يعدل إلىٰ المسلم الذي أمر بتوقيه، فكان مفرطاً.

[**١٩٦٥/١٢**] **مسألة**: إذا تترس المشركون بالمسلمين جاز له أن يرميهم ويقصد المشركين، فإن أصاب مسلماً في هذه الحالة وجبت الكفارة، وفي الدية روايتان[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا دية ولا كفارة[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: فيه الكفارة، وفي الدية قولان[٤].

(١) انظر: المغني ١١/ ٤٦٠.

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة ١/ ٤٨٨؛ والمغني ١٣/ ١٤١-١٤٢.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٢٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٥٦، وتبيين المسالك ٢/ ٤٣٤.

(٤) أصح القولين عند الشافعية: إن علم أن المرمي مسلم وجبت الدية، وإلا فلا. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٤٦-٤٤٧.

أما الدية فقد سبق اذن الإمام فيها فيما قبل، وأما الكفارة فلأنه آدمي محقون الدم لحرمته، فوجبت الكفارة على قاتله إذا كان من أهل الضمان، أصله: إذا لم يبن بين يديه وإنما كان واقفاً، فرمىٰ إلىٰ دار الحرب ونساءهم، لأن حقن دماءهم لا لحرمتهم، وإنما هو لحرمة الغانمين، لأنهم جعلوا مواليهم وخولهم، ولا يلزم عليه إذا قتله حربي لقولنا «إذا كان من أهل الضمان»، ولا يلزم عليه إذا رمىٰ حصون المشركين وفيها أسارىٰ المسلمين فأصابهم، فإنه يجب عليه الكفارة كمسألتنا سواء وكونه مأذوناً له في الرمي لا يسقط، لأنا نجيز له رمي المشركين مع تجنب المسلمين.

ولأنه وإن غلب علىٰ ظنه أنه يصيب المسلمين فإنه يحتمل أن يصيب المشركين وإصابة المسلم غير متحققة وإنما هي طرف من نار يجتهد في طلب ما يمكن اصابته، وعلىٰ عن الخطأ فيه، فلم يكن بمنزلة من أبيح دمه بعينه.

[١٩٦٦/١٣] **مسألة:** إذا غلب المشركون علىٰ أموال المسلمين ملكوها[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يملكوها، وهي علىٰ ملك أصحابها، فإن أسلم من هي في يده / كان صاحبها أحق بها قبل القسمة وبعد القسمة بغير شيء إلا أنها [٢٦٧] بعد القسمة يأخذها ويغرم الإمام قيمتها من المال المعد للمصالح، وهو خمس الخمس[٢] [٣].

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٦-١١٧٧؛ والمغني ١٣/ ١٢١-١٢٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٠٨-٥٠٩؛ والذخيرة ٣/ ٤٣٣.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٥؛ وحلية العلماء ٧/ ٦٧٢.

(٣) مذهب الحنفية في هذه المسألة: إن المشركين إذا غلبوا علىٰ أموالنا فقبل أن يحرزوا بدار الحرب لا يثبت الملك لهم، وإن أحرزوا يثبت الملك لهم. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٤.

لما روىٰ تميم بن طرفة قال: وجد رجل ناقة له فارتفعا إلىٰ (النبي ﷺ)[١] فأقام البينة أنها ناقته، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال رسول الله ﷺ: «إن شئت خذها بما اشتراها، وإن شئت فدع»[٢]. وهذا نص، لأنهم لو لم يملكوها لردها عليه بغير ثمن.

ولأن كل طائفتين جاز أن تملك إحداهما علىٰ الأخرىٰ بالعمد جاز أن تملك الأخرىٰ عليها به، كالروم والترك، وعكسه الطائفتان من المؤمنين، أعني أهل البغي وأهل العدل[٣].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه إنما ملك عليهم لا بسبب مباح، وملكهم عليهم بسبب محظور. لأن الأسباب المحظورة يجوز أن يقع بها الملك، كالمبتاع علىٰ سوم غيره، وعند إقامة الجمعة، ووطء الأب جارية ابنه إذا علقت، ووطء الشريك، يبين صحة هذا: أنه إنما تملك بالعلوق من وطئه، فالوطء أحد السببين كالإيجاب ويضمن بالعلوق، كما يضمن بالإيجاب والقبول.

[١٩٦٧/١٤] **مسألة:** ويملكون ذلك قبل أن يحرزوه إلىٰ دار الحرب[٤].

---

(١) في المخطوط (الإمام).

(٢) رواه عبدالرزاق في الجهاد: باب المتاع يصيبه العدو ثم يجده صاحبه، (٩٣٥٨). مصنف عبدالرزاق ٥/ ١٩٤-١٩٥. وابن أبي شيبة في الجهاد: في العبد يأسره المسلمون ثم يظهر عليه العدو، (١٥٢١١) مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٤٤٧، والبيهقي في السير: باب من فرق بين وجوده قبل القسم وبين وجوده بعده، وما جاء فيما اشترىٰ من أيدي العدو. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ١١١. وهذا الحديث عند عبدالرزاق وابن أبي شيبة من طريق سفيان الثوري، عن سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة فذكره، وهذا الإسناد صحيح فجميع رواته ثقات.

(٣) حيث لا يجوز غنيمة أهل البغي وأهل العدل، ولا سبي نساءهم وذراريهم. انظر: المغني ١٢/ ٢٥٤.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ١٢١؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٥٠١.

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: إذا أحرزوها في دار الحرب ملكوها، وإن لم يحرزوها لم يملكوها(١).

لأن القهر سبب للملك، فوجب أن يحصل به الملك حيث وجد، دليله: الشراء، والهبة، والإرث(٢).

ولأنه لو كان إحرازها في دار الحرب شرطاً في ملك لوجب أن لا يملك بعضهم على بعض بالقهر.

لأنه لم يوجد منه إحرازها من دار الحرب إلى دار أخرى، لأن الكل دار حرب.

ولا معنى لقولهم: إن يد الإمام ثابتة على دار الإسلام فملكهم غير مستقر لجواز ظهور الإمام، لأن القهر والغلبة قد وجد من جهتهم، وظهور الإمام ورجوعه مظنون، فلا يطرح ما هو [متيقن](٣) بهزيمة مظنونة.

[**١٥/١٩٦٨**] **مسألة:** فإن أخذها المسلمون منهم، وجاء صاحبها قبل القسمة أخذها بغير شيء، وإن جاؤوا بعد القسمة لم يكن لهم أخذها بحال(٤).

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: أنه بعد القسمة أحق به بالقيمة(٥).

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٢؛ والمغني ١٣/ ١٢١.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ١٢٢.

(٣) زيادة من المحقق لم تذكر بالمخطوط.

(٤) وهذا هو المذهب عند الحنابلة. وبه قال الإمام مالك. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٧؛ والمغني ١٣/ ١٢٠؛ والذخيرة ٣/ ٣٤٤٣٣.

(٥) ومذهب الشافعية أن صاحبه أحق به قبل القسم وبعد القسم، ويعوض من وقع في سهمه من خمس الخمس. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٣؛ و المهذب ٥/ ٢٨٥، ٢٨٦.

لما روىٰ أبوالحسين بإسناده عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له، ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء»[١].

ولأنه قد تعين ملكه فيه بالقسمة، فكان أحق به، كما لو أسلم وهو في يده.

ولأنه بعد القسم حصل المال في يده بعوض، لأنه عاوض الغانمين، كما ثبت حقه في الغنيمة بذلك، ولا يمكنه الرجوع بالبدل الذي عاوض عليه ولا بقيمته، لأن ذلك في يد جميع الغانمين / ، وإنما يرجع بقيمته ما حصل في يده، فوجب أن [٢٦٨] يسقط حق الرجوع عن العين، كالشخص الممهور لما لم يمكن الرجوع بعوضه ولا بقيمة عوضه، وهو البضع سقط حق الشفيع من العين، وفارق هذا إذا كان الشقص مبيعاً، لأنه يمكن الرجوع بعوضه أو بقيمته، فلهذا ثبت له الفسخ، فأما قول النبي ﷺ: «اذهب فإن وجدته فخذه، وإن وجدته وقد قسم فأنت أحق به بالثمن إن أردت»[٢]. يحتمل أن يكون أحق بالعوض عليه بسبب أنه كان ملكه كما يقال: فلان أحق بالصدقة من عمرو. وإن لم يكن ذلك واجباً.

[**١٩٦٩/١٦**] **مسألة:** فإن أخذه المسلمون منهم بغير قهر ولا قيمة كالسرقة، والهبة، فصاحبه أحق به بغير شيء[٣].

---

(١) رواه الدارقطني في السير (٣٦) من طريق إسحاق بن عبدالله، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبدالله، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم. قال الدارقطني: إسحاق بن أبي فروة متروك. انظر: سنن الدارقطني.

(٢) رواه الدارقطني في السير (٣٩) من طريق الحسن بن عمارة، عن عبدالملك، عن طاوس، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ. قال الدارقطني: الحسن بن عمارة متروك. انظر: سنن الدارقطني ٤/ ١١٤-١١٥.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ١١٩؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٥٠٠؛ والمهذب ٥/ ٢٨٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: صاحبه أحق به بالقيمة[١].

لأنها حصلت في يد مسلم بغير قهر ولا عوض، فكان صاحبها أحق بها بغير قيمة، كالمكاتب، وكما لو لم يحرزوها في دار الحرب، وسرقها مسلم[٢].

[١٩٧٠/١٧] **مسألة:** فإن قهر المشركون المكاتب ملكوه بالقهر، ويكون حكم المكاتب حكم سائر الأموال[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يملك ويجب رده على صاحبه بغير شيء[٤].

لأن عتق المكاتب صدر عن قول، أو عتق يتعلق بشرط في حال الحياة فلا يمنع من الملك بالقهر، كالمدبر، ومن علق عتقه بدخول الدار.

[١٩٧١/١٨] **مسألة:** فإن أبق عبد لمسلم إلى دار الحرب فأخذ[ه][٥] المشركون ملكوه بثبوت أيديهم عليه[٦].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله في العبد الآبق: لا يملكونه وهو أحق به قبل القسمة وبعدها[٧].

لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه، فإذا أخذوه من دار الحرب ملكوه،

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٥.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ١٢٠.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ١٢٢؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ١/ ٥٠٠.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٥.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: المغني ١٣/ ١٢٣؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ١/ ٥٠٠.

(٧) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٥.

كالدابة إذا نَدَّت [١] . يبين صحة هذا : (أن يد) [٢] المولى لا تزول عنه، بدليل : أنه لو وهبه من ابنه الصغير صحت هبته وقبضه له عندهم، وهذا يدل على بقاء الملك، وكذلك لو باعه ممن يمكنه أخذه من دار الحرب صح بيعه، ولولم تكن يده ثابتة عليه لم يصح بيعه

[١٩٧٢/١٩] **مسألة:** إذا أسلم حربي في دار الحرب وخرج أو لم يخرج وله عقار وأملاك، وظهر المسلمون على الدار أحرز عقاره وداره بالإسلام، ولا يصير شيء من ذلك فيئاً [٣] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إذا كان له في دار الحرب عقار وأموال، فالعقار فيء، وما سواه من سائر الأموال فما كان منها في يده فهو له، وكذلك ما أودعه مسلماً أو ذمياً، وما أودعه حربياً، أو لم يكن في يد آخر فهو فيء [٤] .

واختلفت الرواية عن مالك [٥] .

لأنه مال مسلم، فلم يجز أن يغنم بالظهور على الدار، أصله : ما كان في يده من المال الذي ينقل ويحول [٦] . / ولا يلزم عليه إذا ظهر المشركون على أموال [٢٦٩]

---

(١) انظر : المغني ١٣/ ١٢٣ .

(٢) في المخطوط (ادبه) وما أثبت هو الصحيح .

(٣) وبه قال الشافعية . انظر : المغني ١٣/ ١١٥ ؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٩١ ؛ والمهذب ٥/ ٢٧٢ .

(٤) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٦-٤٣٧ ؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦١ .

(٥) فروي عنه أن ماله وولده فيء ، وروي عنه رواية أخرى أنه لا يكون فيئاً ، بل هو أحق بماله قبل القسم بغير ثمن ، وبعد القسم بالثمن . انظر : التفريع ١/ ٣٥٩ ، والكافي لابن عبدالبر ١/ ٤٠٩ .

(٦) انظر : المغني ١٣/ ١١٥ .

المسلمين وأخذوها أنهم يملكونها لوجوه . أحدها : أن حكم العلة ، فلم يجز أن يغنم وذاك لا يسمى غنيمة .

والثاني : أنه يستوي فيه الأصل والفرع ، وهو المال في أيديهم ، وكل من لم يجز أن يغنم ماله الذي في يده لم يجز أن يغنم ما ليس في يده ، كالذمي .

[**١٩٧٣/٢٠**] **مسألة:** إذا أسلم الحربي المستأمن ، وله مال في دار الحرب وعقار وامرأة حامل وأولاد صغار ، وظهر المسلمون على الدار لم يكن شئ من ذلك فيئاً[١] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يكون جميعه فيئاً[٢] .

واختلفت الرواية [عن مالك][٣] .[٤]

أما الأموال فقد تكلمنا عليها في المسألة التي قبلها ، وأما الأولاد فهو أنه أسلم وله تابع في الكفر ، فوجب أن يحكم بإسلامه ، أصله : إذا كان الولد معه في الدار ، إما في دار الحرب أو دار الإسلام ، فإذا ثبت إسلامه لم يجز سبيه[٥] .

[**١٩٧٤/٢١**] **مسألة:** إذا تزوج المسلم حربية في دار الحرب ، فحملت منه ،

---

(١) انظر : المغني ١٣/ ١١٥ ؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٩١ .

(٢) مذهب الحنفية في هذه المسألة : أن زوجته فيء ، وكذا حملها فيء ، وأولاده الكبار فيء أما أولاده الصغار فلا . انظر : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٦-٤٣٧ ؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦١ .

(٣) ساقط من المخطوط .

(٤) فروي عنه أن ماله وولده فيء ، وروي عنه أن لا يكون فيئاً . انظر : التفريع ١/ ٤٥٩ ، والكافي لابن عبدالبر ١/ ٤٠٩ .

(٥) انظر : المغني ١٣/ ١١٥ .

ثم ظهر المسلمون على الدار، فالولد حر لا يجوز سبيه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز سبي الأم وما في بطنها[٢].

فالدلالة على أنه لا يجوز سبي الولد: أنه محكوم بحريته وإسلامه، فلم يجز استرقاقه[٣]، أصله: البالغ. والذي يدل على حريته أنه مولود بين حرين، ولأن حرية الولد في النكاح معتدة بحرية الأم، والأم حرة حين العلوق، وإنما صارت رقيقة حر فالاسترقاق بعد العلوق، وكون الحمل حراً لا يمنع من رق الأم ونقل الملك فيها، ألا ترى أن الأمة إذا غرت بالحرية ووطئها زوجها على أنها حرة، فإن الحمل حر وإن كانت هي أمة[٤].

والذي يدل على أنه يحكم بإسلامه: أن أحد أبويه مسلم، فوجب أن يكون مسلماً بإسلامه[٥]، كما لو كان ظاهراً، ولأنه لو لم يحكم بإسلامه حملاً لم يوقف له الميراث إذا كان أبوه مسلماً، لأن الإسلام الطارئ بعد موت الموروث لا يوجب [وقف ميراثه][٦] أن ما عندهم، فلما قالوا: قد يوقف ميراثه من أبيه المسلم علم أنه مسلم، ولا يجوز أن يكون ذلك نزاعاً، ألا ترى أنه لو كان أبواه مسلمين حكمنا بإسلامه، ولم يجز أن نقل بأنه نزاعان، وإن ارتد الأبوان قبل الوضع لم يحكم بإسلامه.

---

(١) انظر: المرجع السابق؛ وحاشية مقنع ابن قدامه بهامشه ١/ ٤٩١.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦١.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ١١٥.

(٤) انظر: المرجع السابق ٩/ ٤٤١.

(٥) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٢٨٤.

(٦) بياض بالمخطوط ولعل محله ما أثبت.

[١٩٧٥/٢٢] **مسألة:** إذا دخلت حربية مستأمنة إلىٰ دار الإسلام، فتزوجت ذمياً لم تصر ذمية، فإن أرادت الرجوع إلىٰ دار الحرب بعد موت زوجها أو طلاقه لم تمنع، وكذلك إن أذن لها الزوج(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تصير ذمية، وتمنع من الرجوع(٢).

لأنه عقد لا يصير به الرجل ذمياً، فلا تصير به المرأة ذمية، دليله: (عقد)(٣) الإجارة، والبيع.

ولا معنىٰ لقولهم: إن عقد التزويج / لايلزم الرجل المكوث في دار المرأة، فإذا [٢٧٠] لم يلزمه المكوث في دار الإسلام لم يصر ذمياً، والمرأة يلزمها المكوث في دار الزوج، وهي دار الإسلام، فصارت ذمية. (لأنا)(٤) لا نسلم أنه قد وجب عليها المقام في دار الإسلام علىٰ التأبيد، وإن وجب عليها فهي كالمدينة والمستأجرة، بيين صحة هذا: أنه لا يجوز لها الخروج، وكذلك المستأجرة لا يجوز لها الخروج في مدة الإجارة، فإذا انقضت كان لها الخروج.

[١٩٧٦/٢٣] **مسألة:** إذا أودع الحربيُ المستأمن [ماله أو أقرضه إياه](٥) في دار الإسلام، ثم لحق بدار الحرب فأسر، أو قتل، فإنها ترد إلىٰ ورثته. ذكره

(١) انظر: المغني ١٣/ ٨٢.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٧؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٦٧-٣٦٨.

(٣) في المخطوط (بيع) والصحيح ما أثبت. انظر: المغني ١٣/ ٨٢.

(٤) في المخطوط (لأنها) وما أثبت هو الصحيح.

(٥) ساقط من المخطوط. انظر: المقنع لابن قدامة ١/ ٥١٩.

أبو بكر[١].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: تصير الوديعة فيئاً[٢].

لأنه لما رجع إلى دار الحرب بطل أمانه في نفسه، فصار مباح الدم، وبقي أمانه في ماله فلا تتعدى إباحة دمه إلى المال الذي له في دار الإسلام، لأنَّ الأمان فيه باقٍ يدل على بقاه: أنه يصح أن يعقد الأمان لنفسه لا لماله، ولماله دون نفسه، فلو أن حربياً بعد بماله إلى دار الإسلام بأمان، وأقام في دار الحرب بعقد الأمان لماله دون نفسه، وإذا كان الأمان باقياً لماله انتقل إلى ورثته، كما لو مات ولم يؤمن، ولم يظهر على الولد[٣]، ولا يلزم على هذا المرتد إذا انتقض أمانه في نفسه انتقض في ماله وصار فيئاً، لأنه يجوز أخذه في جناية، وهو إذا لحق بدار الحرب، وكان المعنى فيه أن كفر الردة أغلظ، لأن حبسه يمنع الإقرار، والكفر الأصلي أخف، لأنه لا يمنع الأقرار.

[١٩٧٧/٢٤] **مسألة:** لا يجوز استرقاق من لا كتاب له، ولا شبهة كتاب، كعبدة الأوثان، ومن عبد مااستحسن، سواء في ذلك العرب والعجم[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: (يجوز)[٥] استرقاق عبدة الأوثان من العجم، ولا

(١) وهو أحد قولي الشافعي، ورجحه المزني من الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥١٩؛ والمغني ١٣/ ٨٠ـ٨١؛ والحاوي الكبير ١٤/ ٢٢٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٨، والحاوي الكبير ١٤/ ٢٢٠.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٨١.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٤؛ والمغني ١٣/ ٤٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٦٧ـ٤٦٨.

(٥) في المخطوط (لا يجوز) وما أثبت هو الصحيح. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٥٣.

يجوز من العرب[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: يجوز استرقاق جميعهم[٢].

فالدلالة على الشافعي: أنهم لا يقرون على كفرهم بالجزية، فلم يجز استرقاقهم، دليله: المرتدون[٣]، ولا يلزم [عليه][٤] النساء والصبيان، وعندهم البالغون، وأولاد المرتد الذين ولدوا بعد الردة إذا كانوا صغاراً، لأنا قلنا: لم يجز استرقاقهم، وأولئك صاروا أرقاء بالسبي من غير استرقاق.

ولأنه سبب للإقرار على الكفر، فلا يثبت في حق عبدة الأوثان، كالحرية، ولا يلزم عليه القتل، لأنه لا يتضمن البقاء على الكفر، لأن القتل يمنع البقاء.

ولا معنى لقولهم: قد ثبت الإسترقاق في حق من لا يثبت في حقهم جزية، وهم النساء والصبيان. لأنها إنما ثبتت في حقهم، لأن دماءهم/ محقونة، وهي [٢٧١] تؤخذ لحقن الدم، والرجال دماؤهم مباحة فأخذت.

ولا معنى لقولهم: الاسترقاق أغلظ، لأنه يزيل الملك عن النفس والمال، والحرية تبقي الحرية والمال فهي أخف. لأن هذا لا يوجب الفرق بينهما في مسألتنا، كما لم يوجبه في الأصل، وهو المرتد، وعلى أنه ما كان يمنع أن تثبت

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٥٣.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٥٠-٤٥١؛ وحلية العلماء ٧/ ٦٥٣، والتفريع ١/ ٣٦١، وتبيين المسالك ٢/ ٤٤٥.

(٣) حيث لا يجوز استرقاقهم، فإن عادوا إلى الإسلام وإلا قتلوا. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٥٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

الحرية، وهي أخف، ولا يثبت الاسترقاق وإن كان أغلظ، بدليل: جواز المن على الذمي بعقد مال ورده إلى دار الحرب، فيعود (حربياً)[١]، ويسقط الأثقل وهو القتل.

ولا معنى لقولهم: الاسترقاق أدخل في اللزوم، بدليل: أنه لو استرق ثم أسلم لم يزل الرق[٢]، ولو أسلم وعليه جزية سقطت[٣]، وذلك لأن الجزية عقوبة، فلا تجري على المسلم، والرق ليس بعقوبة ولهذا يجري على النساء والصبيان فلهذا جاز أن يستدام[٤]، فأما في مسألتنا فالحربي من أهل العقوبة، فإذا لم تثبت الجزية في حقه يجب أن لا يثبت الاسترقاق، وليس إذا جاز استرقاق النساء والصبيان جاز في الرجال، كما ثبت حقن دمائهم، ولم يجب حقن دماء الرجال، وكذلك يجوز مناكحة أهل الكتاب وذبائحهم، ولا يباح ذلك في عبدة الأوثان.

والدلالة على أبي حنيفة: أنه وثني فلا يسترق، أصله: العربي، وكل من لم يسترق إذا كان عربياً لم يسترق إذا كان أعجمياً، كالمرتد[٥].

ولأنه ممن لا كتاب له ولا شبهة كتاب فلا يسترق، كالعربي، والمرتد.

ولا معنى لقولهم: العرب بالغت في أذية النبي ﷺ وعرضوه لمفارقة الوطن فغلظ أمرهم. لأن أذية النبي ﷺ كانت من أهل مكة خاصة، وعلى أنه قد آذاه

---

(١) في المخطوط (حرباً).

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٤٧، ٢٢١.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٤٧، ٢٢١.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٥٠.

(٥) انظر: المرجع السابق ١٣/ ٤٧.

اليهود فلم يمنع ذلك الاسترقاق .

ولا معنىٰ لقولهم : إن العرب لهم حرمة لكون النبي صلىٰ الله عليه وسلم منهم ، وكذلك المرتد له حرمة الإسلام ، لأن هذه الحرمة لم تمنع من تساويهم في القتل .

ولأنه لا كتاب لهم ، فأما المجوس فإنما استرقوا لإلحاقهم بحكم أهل الكتاب ، بدليل قول النبي ﷺ : «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[(١)] .

ولأنه لما أشكل أمرهم استفتوا فيهم الصحابة ، فحقنوا دماءهم بالجزية والرق لئلا يقدموا علىٰ أمر دماءهم بالشك ، ومنعوا مناكحتهم وذبائحهم لئلا يقدموا علىٰ الفروج وأكل الذبائح بالشك .

[١٩٧٨/٢٥] **مسألة:** فإن أسلم الأسير سقط القتل ، ورق في الحال ، وسقط التخيير بين الرق والمن والفداء[(٢)] .

خلافاً للشافعي في أحد القولين : لا يرقون بغير / استرقاق ، ويكون الإمام [٢٧٢] مخيراً بين ثلاثة أشياء : بين المن ، والفداء بأسارىٰ في أيدي المشركين ، والاسترقاق[(٣)] .

لأن كل أسير لا يجوز قتله لا يفادي به ، دليله : المرأة والصبي[(٤)] ، ولأن الفداء

---

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ في الزكاة : باب جزية أهل الكتاب والمجوس (٤٢) . موطأ مالك ١/ ٢٧٨ ، وابن أبي شيبة في الجهاد : ما قالوا في المجوس تكون عليهم جزية (١٢٦٩٧) . مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٢٤٣-٢٤٤ ، وأبوعبيد في الأموال ص ٣٧ (٧٨) ، وابن زنجوية في الأموال ١/ ١٣٦ : باب أخذ الجزية من المجوس (١٢٢) . وقد ضعف الألباني هذا الحديث . انظر : إرواء الغليل ٥/ ٨٨ .

(٢) انظر : المغني ١٣/ ٤٧-٤٨ ؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٦٦ .

(٣) هذا أظهر القولين عند الشافعية . انظر : التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٤ ، وروضة الطالبين ٧/ ٤٥٢ .

(٤) انظر : المغني ١٣/ ٤٨ .

عقوبة تؤخذ لأجل الكفر، فسقطت بالإسلام، دليله: القتل، ولايلزم عليه الرق، لأنه لا يجب عقوبه، بدليل: أنه لايجري على النساء والصبيان وليسا من أهل العقوبة.

[١٩٧٩/٢٦] **مسألة:** إذا ادعى إسلاماً سابقاً، وأقام شاهداً واحداً وحلف معه قبل منه ولم يسترق(١).

خلافاً للشافعي في قوله: لا يقبل منه إلا بشهادة رجلين حرين(٢).

فيدل على أن الإسلام يثبت بشهادة رجل، وإذا ثبت الإسلام السابق بشهادته لم يجز استرقاقه: لما روى عبدالله(٣) قال: لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ: «ماتقولون في هؤلاء الأسارى؟» وذكر الخبر إلى أن قال: «لا يبقى منهم أحد إلا بفداء، أو ضرب عنق»، قال عبدالله فقلت يا رسول الله إلا سهيل بن بيضاء فإني سمعته يذكر الإسلام قال: فسكت النبي ﷺ حتى قال: «إلا سهيل بن بيضاء»(٤). قال فقبل شهادة عبدالله في إسلام سهيل.

ولأن عمر لما أتى بالهرمزان صاحب الأهواز قال عمر: هذا الهرمزان قد نزل على حكم فما ترون في قتله؟ فسكت من عنده من المسلمين، فقال رجل من

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٣/ ٥٢.

(٢) لم أقف على مذهب الشافعية في هذه المسألة.

(٣) هو عبدالله بن مسعود رضي الله عنه.

(٤) رواه الشاشي فيما روى أبوعبيدة بن عبدالله بن مسعود، عن أبيه (٩٣٦). المسند للشاشي ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، والترمذي في تفسير القرآن: باب من سورة الأنفال (٣٠٨٤). سنن الترمذي ٥/ ٢٧١، وأبويعلى الموصلي ٩/ ١١٦-١١٧، والطبراني في المعجم الكبير ١٠/ ١٧٧ (١٠٢٥٨)، والبيهقي في قسم الفيء والغنيمة: باب ماجاء في مغافاة الرجال منهم. السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ٣٢١. وهذا الحديث ضعيف قاله الألباني، وذلك لأنه روي من طريق أبي عبيدة بن عبدالله بن مسعود، وأبوعبيدة لم يسمع من والده، فهو حديث منقطع. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٤٨.

المسلمين: أما أنا فقد رأيته يصلي. فقال عمر: إذاً والله لا نتبعه[١]. فدرأ القتل عنه بشهادة رجل له بالصلاة.

ولأنه يتعذر إقامة البينة الكاملة في دار الحرب على إسلامه، فجاز أن تقبل شهادة رجل وامرأة، ولهذا الإنبات علم على البلوغ في حق المشركين، لأنه لاحكم بقولهم، ولهذا أجاز أحمد شهادة أهل الذمة على وصية المسلمين في السفر إذا لم يوجد مسلم، وكذلك قال في السبي إذا ادعوا نسباً، فأقاموا البينة من الكفار قبلت، وكذلك في الأسير إذا ادعى أماناً سابقاً يرجع إلى شاهد الحال، فإن لم يكن معه سلاح قبل منه، ولم يقتل، وإن كان معه قتل[٢]، ولهذا قلنا نحن وأبو حنيفة ومالك في الزوجين إذا تداعيا قماش البيت فما صلح للرجال فهو للرجال، وما صلح للنساء فهو للمرأة اعتباراً بالظاهر.

[١٩٨٠/٢٧] **مسألة:** إذا نزل الإمام على حصن أو بلد لم يكن له رميهم بالنار، والنفط، وفتح البثوق[٣]، والسيول إلا بشرطين.

أحدهما أن يكونوا يفعلون بالمسلمين مثل ذلك إذا ظهروا عليهم.

الثاني: أن لا يقدروا على ملكهم إلا بذلك فيجوز له ذلك.

وكذلك قطع الشجر والنخل والتخريب لا يجوز إلا بشرطين.

أحدهما: أن يكونوا يفعلون بالمسلمين مثل ذلك.

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٧٩.

(٣) البثوق: هي الخرق والشق. انظر: مختار الصحاح، مادة «بثق».

والثاني : أن لا يقدر على قتالهم إلا بذلك ، لكثرة النخل والشجر فيقطع ويهدم مايتمكن معه من القتال[١] .

خلافاً للشافعي في قوله : له أن يرميهم / بالنار ، ويفتح عليهم البثوق سواء [٢٧٣] فعلوا ذلك [بالمسلمين][٢] أو لم يفعلوا ، وسواء دعت حاجتنا إليه أو لم تدع .

وأما قطع الشجر والنخل وتخريب الدار ، فإن كان بالمسلمين قوة وطمعوا أن يكون الشجر لهم لم يقطع ، وإن كان بهم قلة ولم يأمنوا أن ترد منهم قطع[٣] .[٤]

لما روى علي بن أبي طالب قال : كان رسول الله ﷺ إذا بعث جيشاً قال لهم : «انطلقوا باسم الله وفي سبيل الله إلى أن قال (ولا تفقؤوا)[٥] عينا ، ولا تعقروا شجراً إلا شجراً يمنعكم قتالاً ، أو يحجر بينكم وبين أحد من المشركين»[٦] .

وروى ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن احراق الطعام في أرض العدو»[٧] .

---

(١) انظر : المقنع لابن البنا ٣/ ١١٨٢-١١٨٣ ؛ والمغني ١٣/ ١٣٨-١٤٠ ؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٢٣-٥٣٠ .

(٢) ساقط من المخطوط .

(٣) انظر : التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٤٥-٤٤٦ .

(٤) مذهب الحنفية ، والمالكية في هذه المسألة : أن لا بأس بتحريق حصونهم ، وتغريقها بالماء ، وإخرابها ، وقطع شجرها . انظر : تحفة الفقهاء ٣/ ٢٩٥ ، والذخيرة ٣/ ٤٠٧ .

(٥) في المخطوط (ولا تعودوا) ولعل ما أثبت هو الصحيح .

(٦) لم أقف عليه .

(٧) لم أقف عليه .

ولأن النخل، والشجر، والبنيان من أموالهم، فلم يجز إتلافه من غير حاجة، كالحيوان.

ولأن اعتبارنا بأفعالهم بما مصلحته للمسلمين، وذلك أنهم إذا علموا أنهم إذا أحرقوا أموالاً لنا حرقنا أموالهم، وإذا كفوا كففنا كان منه ذريعة في الكف، ولهذا قال الشافعي: إذا مروا لحاق أهل الحرب بصبيان المسلمين، فإن كانوا يأخذون من المسلمين الغنيمة عند غلبهم، وإن لم يوجد كذلك هاهنا[١].

[١٩٨١/٢٨] **مسألة:** إذا لحق المدد بعد تقضي الحرب، وجمع الغنائم لم يشاركوا في الغنيمة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا لحق المدد قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام شركهم فيها[٣].

لأنه مدد لحق بعد تقضي الحرب، فلم يستحق المشاركة، كما لو لم يجز الدخول بعد إلى دار الإسلام، أو لحق بعد القسمة، أو لحق بهم بعد تقضي الحرب[٤].

ولا معنى لقولهم: إن حصولها في دار الإسلام قد حكمنا بملكهم لها، وفي

(١) قول الشافعي غير واضح المعنى قد يكون تحريف أو سقط ولم أقف عليه.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٣-١١٧٤؛ والمغني ١٣/ ١٠٤-١٠٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٩؛ والمعونة ١/ ٦١١، وتكملة المجموع ١٩/ ٣٦٥-٣٦٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٤-٤٣٥.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ١٠٥.

دار الحرب لم يحكم، لأنا لا نسلم هذا، لأنها بعد الجمع والحيازة قد تعلق حق الغانمين بها، وهو حق التملك على معنىٰ أنهم متىٰ اجتازوا استقر الملك لهم، يبين صحة هذا: أن الغانمين لو لم يملكوا الغنيمة بذلك لكانت باقية علىٰ ملك المشركين، ولو كانت باقية علىٰ ملكهم لنفذ عتق أهل الحرب في العبيد الذين حصلوا من الغنيمة، فلما لم ينفذ ثبت بأن ملكهم قد زال إلىٰ الغانمين، لأنه لو لم يتعلق حق الغانمين بها لوجب إذا أسلم الرجل من الكفار بعد الحيازة وقبل القسمة أن يكون أحق بماله، فلما لم يملكه دل علىٰ أن ملكه زال عنها.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا قسمت قد حكمنا بصحة القسمة، وهاهنا لم يحكم بصحتها. لأنه يبطل به إذا دخلت دار الإسلام ولم تقسم فإنه لم يحكم بصحتها ولا حق للمدد فيها.

[**١٩٨٢/٢٩**] **مسألة:** إذا انفلت الأسير من المشركين، فلحق بجيش المسلمين قبل تقضي القتال وحياز الغنيمة استحق السهم سواء قاتل أو لم يقاتل[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن قاتل استحق السهم، وإن لم يقاتل لم يستحق[٢].

لأن من استحق السهم الكامل إذا قاتل استحقه إذا حضر / ولم يقاتل، أصله[٢٧٤]

---

(١) وبه قال المالكية والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ١٠٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٩؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣٦٣-٣٦٤.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ٢٠٨.

غير الأسير[١].

ولأن الحاضر في الصف بمنزلة المقاتل، لأنه بمنزلة العدد، وصار ظهراً وقوة للمسلمين.

[١٩٨٣/٣٠] **مسألة:** يجوز قسمة الغنائم في دار الحرب[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقسم الغنائم في دار الحرب إلا أن يجد الإمام حمولة فيقسمها خوفاً أن لا تصل إلىٰ الغانمين حقوقهم[٣].

لما روىٰ الفزاري قال قلت للأوزاعي: هل قسم رسول الله ﷺ سائر الغنيمة بالمدينة؟ قال: لا أعلمه، إنما كان الناس يتبعون غنائمهم ثم يقسموها في أرض عدوهم، ولم يقفل رسول الله ﷺ من غزاة قط أصا[ب][٤] فيها مغنماً إلا خمسه وقسمه، فله أن يفعل، ومن ذلك: غزوة بني المصطلق وهوازن، وحنين، وخيبر، وتزوج بخيبر حين فتحها صفية[٥].

وكل موضع يجوز الاغتنام فيه يجوز الاقتسام قياساً علىٰ دار الإسلام[٦]،

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ١٠٥.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ١٠٧-١٠٨؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٥٠١؛ والذخيرة ٣/ ٤٢٤؛ والأم ٤/ ١٤٧

(٣) انظر: الرد علىٰ سير الأوزاعي للقاضي أبي يوسف ص١، والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٤-٤٣٥.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الرد علىٰ سير الأوزاعي للقاضي أبي يوسف ص ١.

(٦) انظر: المغني ١٣/ ١٠٧-١٠٨.

وكل مال جازت قسمته لم تختص قسمته بمكان دون مكان، دليله: المواريث، والخمس، وسائر الأموال.

[١٩٨٤/٣١] **مسألة:** السلب[١] للقاتل من أصل الغنيمة سواء شرط الإمام أو لم يشترط[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: هو له إن شرطه الإمام، وإن لم يشرطه لم ينفرد به، وكان غنيمة للجميع[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: إن شرطه الإمام كان له من خمس الخمس، وهو سهم النبي ﷺ، وإن كان قيمته تفي بقدر خمس الخمس استحق جميعه، وإن كانت قيمته أكثر منه استحق منه بقدر خمس الخمس ولا يستحقه من أصل الغنيمة، وإن لم يشترط الإمام فلا حق له فيه[٤].

والدلالة على أنه له من غير شرط: ما روى أنس قال: قال رسول الله ﷺ:

---

(١) السلب: هو ما كان القتيل لابساً له من ثياب وحلي وسلاح. انظر: المغني ١٣/ ٧٢.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١١٦٦-١١٦٧؛ والمغني ١٣/ ٧٠-٧٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٧٢، ٤٧٧-٤٧٨، واللباب في الفقه الشافعي ص١٨٣.

(٣) هذا المذهب عند الحنابلة. انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٤، والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٤١؛ والمغني ١٣/ ٧١؛ والانصاف ٤/ ١٤٨.

(٤) انظر: التفريع ١/ ٤٥٨؛ والكافي لابن عبدالبر ١/ ٤١٠-٤١١.

«من قتل قتيلاً فله سلبه»[١]. وفي لفظ آخر « قال ذلك يوم حنين فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم»[٢].

ولا معنىٰ لقولهم: إنهم استحقوا السلب بهذا الشرط، وهو قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه». لأن هذا شرط مطلق في كل غزاة، فيجب حمله علىٰ إطلاقه.

ولأن هذا الشرط قاله بعد تقضي الحرب وجلوسه مع أصحابه.

ولأنه مال مأخوذ من الغنيمة لا يفتقر تقديره إلىٰ اجتهاد الإمام، فلم يفتقر استحقاقه إلىٰ شرط، كسهم الفارس والراجل، وعكسه النفل لما افتقر إلىٰ اجتهاد الإمام في البداءة الربع، وفي الرجعة الثلث افتقر إلىٰ شرطه[٣].

والدلالة علىٰ أنه من أصل الغنيمة: أنه مال يستحق بالتحريض علىٰ القتال،

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسند مالك بن أنس (١٢٢٣٨). المسند للإمام أحمد ٤/٢٤٦-٢٤٧، وابن أبي شيبة في الجهاد: من جعل السلب للقاتل (١٤٠٣٠). مصنف بن أبي شيبة ١٢/٣٦٩، وأبوعبيد في الأموال ص ٣٢٠ (٧٧٧)، وأبوداود في الجهاد: باب في السلب يعطىٰ القاتل (٢٧١٨) ٣/ ٧١، والدارمي في السير: باب من قتل قتيلاً فله سلبه (٢٤٨٤) ٢/ ٣٠١، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ١١/١٣١ (٤٨٠٥)، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء انغليل ٥/ ٥١.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسند مالك بن أنس (١٢٢٣٨). المسند للإمام أحمد ٤/ ٢٤٦-٢٤٧، وابن أبي شيبة في الجهاد: من جعل السلب للقاتل (١٤٠٣٠). مصنف بن أبي شيبة ١٢/ ٣٦٩، وأبوعبيد في الأموال ص ٣٢٠ (٧٧٧)، وأبوداود في الجهاد: باب في السلب يعطىٰ القاتل (٢٧١٨) ٣/ ٧١، والدارمي في السير: باب من قتل قتيلاً فله سلبه (٢٤٨٤) ٢/ ٣٠١، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ١١/ ١٣١ (٤٨٠٥)، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٥١.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٧٠.

فلم يختص بخمس الخمس، دليله: سهم الفارس والراجل[١]، ولهذا نقول: إن النفل المشروط في البداءة والرجعة لا يختص خمس الخمس، بل يجوز للإمام أن يجعله في أربعة أخماس الغنيمة، ويجوز أن يجعله في خمس الخمس، لأنه كان ملكاً له[٢].

[١٩٨٥/٣٢] **مسألة:** / يستحق القاتل السلب بأربعة شرائط. [٢٧٥]

أحدها: أن تكون الحرب قائمة حين (قتله)[٣]، فإن قتله بعد تقضي الحرب أو قبلها لم يستحقه.

الثاني: أن يغرر بنفسه مثل أن يقتله مبارزاً له، أو منغمساً في العدو، فإن رماه إلى صف المشركين من صف المسلمين فقتله لم يستحق.

الثالث: أن يكون المقتول صحيحاً سليماً، فإن كان زمنا، أو مثخناً بالجراح فلا.

الرابع: أن يكفي المسلمين شره، وهو أن يكون مقبلا، فإن كان منهزماً، أو ضعيفاً مهيناً، أو امرأة أو صبياً لم يستحق[٤].

وحكى عن داود أنه للقاتل بكل حال[٥].

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٧٠.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٣/ ٦٠.

(٣) في المخطوط (الحرب) وما أثبت هو الصحيح.

(٤) وبه قال الجمهور. انظر: المغني ٣/ ٦٦ـ٦٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٧٢ـ٤٧٧؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣١٧.

(٥) انظر: المحلى ٧/ ٥٤٤.

لما روىٰ أن معاذ بن عمرو، وابن عفراء [١] أثخنوا أباجهل بن هشام يوم بدر بالجراح، وقتله عبدالله بن مسعود ولم يدفع النبي ﷺ (إليه)[٢] سلبه ودفعه إلىٰ معاذ بن عمرو»[٣]. فدل علىٰ أن من قتل بعد الإثخان لا يستحق السلب.

ولأنه إنما يدفع إلىٰ القاتل، لأنه غرر بنفسه في القتل، وإنما يحصل التغرير بأن يقتله علىٰ الصفات التي ذكرناها.

[**١٩٨٦/٣٣**] **مسألة:** إذا كان مع المقتول دراهم أو دنانير لم تدخل في جملة السلب وكانت غنيمة[٤].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: ذلك من السلب[٥].

لأنه ليس بلباس ولا جنة للقتال، فلم يكن من السلب، دليله: الرحل والأثاث، وعكسه السلاح والدابة والثياب، لأن ذلك لباس وجنة للقتال، يبين صحة هذا: أن اسم السلب يقع علىٰ الرحل والأثاث، فيقال سلبه رحله وأثاثه،

---

(١) هو معاذ بن عفراء، وهو الذي شارك معاذ بن عمرو بن الجموح في قتل أبي جهل. انظر: الاستيعاب بهامش الإصابة ٣/ ٣٦٣؛ وأسد الغابة ٥/ ٢٠٢.

(٢) في المخطوط (إلىٰ).

(٣) رواه البخاري في فرض الخمس: باب من لم يخمس من الأسلاب (٣١٤١)، صحيح البخاري ٢/ ٤٠٠-٤٠١، ومسلم في الجهاد والسير: باب استحقاق القاتل سلب القتيل، (١٧٥٢) (٤٢). صحيح مسلم ٣/ ١٣٧٢.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٧-١١٦٨؛ والمغني ١٣/ ٧٢-٧٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨١.

(٥) منهم الحنفية، ورواية عند الحنابلة، وأحد القولين للشافعية. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٢٩٧؛ والمغني ١٣/ ٧٢-٧٣؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣١٨.

ومع هذا لا يستحقه[١].

ولأن انفراده بقتله سبب يستحق به مال من الغنيمة، فجاز أن لا يعم الاستحقاق لجيمع المال، دليله: سهم الفارس لا يعم جميع مال الغنيمه، بل يختص بأربعة أخماسها.

[١٩٨٧/٣٤] **مسألة:** إذا قال الإمام من أصاب شيئاً فهو له، فهو كما قال[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: هو قول باطل[٣].

لأن في ذلك تحريضاً على القتال، فجاز أن يختص به دون سائر الغانمين، كالسلب.

ولامعنى لقولهم: يستحق بغير شرط، لأنه لا يمتنع أن يستحق هاهنا بشرط، كما لو قال: من دلنا على القلعة الفلانية فله جارية فإنه يستحق بالشرط، وهما سواء، لأنه لم يتعلق حق الغانمين فيه، كذلك هاهنا إذا قال: من أصاب شيئاً فهو له. لم يتعين حق الغانمين، كما لو قال في السلب، ولايلزم عليه إذا أراد أن يحض الغانمين، لأن فيه روايتين، والصحيح أنه لا يجوز[٤].

[١٩٨٨/٣٥] **مسألة:** إذا فتح الإمام أرضاً عنوة نظر في الأصلح للمسلمين،

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٧٢.

(٢) فيه روايتان عند الحنابلة والمذهب أنه لا يجوز. لأن ذلك يفضي إلى اشتغالهم بالنهب عن القتال وظفر العدو بهم، ولأن الغزاة اشتركوا في الغنيمة على سبيل التسوية فتجب كسائر الشركاء. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٠٧.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المهذب ٢/ ٢٤٤؛ والذخيرة ٣/ ٤٢٣.

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٠٧.

فإن كان الأصلح أن يقسمها قسمها بين الغانمين، وإن كان / الأصلح أن يقفها على [٢٧٦] جماعة المسلمين وقفها[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الإمام بالخيار بين القسمة وبين أن يقرهم فيها بالخراج، وبين أن يصرفهم عنها وينقل إليها قوماً آخرين يضرب عليهم الخراج، وليس له أن يقفها[٢].

وخلافاً لمالك، والثانية: لا تقسم وتصير وقفاً على جماعة المسلمين[٣].

وخلافاً للشافعي، والثالثة: يقسمها بين الغانمين إلا أن يسقطوا حقوقهم عنها بطيبة من أنفسهم فيترك قسمتها ويوقفها على جماعة المسلمين[٤].

فالدلالة على جواز ترك القسمة خلافاً للشافعي والثالثة: ما روى أبوعبيد بإسناده عن الماجشون[٥] قال: قال بلال لعمر بن الخطاب في القرى التي افتتحوها

---

(١) هذه هي أصح الروايات عند الحنابلة. انظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ص ١٤٦ـ١٤٧؛ وكتاب التمام ٢/ ٢١٨ـ٢١٩.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٢؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٠.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤١٦؛ والإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢/ ٢٦٨؛؛ وكتاب التمام للقاضي أبي الحسين الحنبلي ٢/ ٢١٨.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٦٩ـ٤٧١؛ وكتاب التمام للقاضي أبي الحسين الحنبلي ٢/ ٢١٨.

(٥) الماجشون: كلمة فارسية لقب بها يعقوب بن أبي سلمة، التيمي، المدني، واسم أبي سلمة دينار، وقيل: ميمون. روى عن أبي هريرة، وأبي سعيد الخدري، وابن عباس، وابن عمر، وعمر بن عبدالعزيز ... وغيرهم. روى عنه ابناه عبدالعزيز ويوسف، وابن أخيه عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي سلمة ... وغيرهم. صدوق، توفى سنة أربع وعشرين ومائة. انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/ ٣٤٦، والتاريخ الكبير للبخاري ٣/ ٣٩٢؛ وتهذيب التهذيب ١١/ ٣٨٨؛ وتقريب التهذيب ٢/ ٣٧٥.

عنوة: اقسمها بيننا وخذ خمسها. فقال عمر: لا، هذا عين المال، ولكني أحبسه فيئاً يجري عليهم وعلى المسلمين. فقال بلال وأصحابه: اقسمها بيننا. فقال عمر: اللهم اكفني بلالاً وذويه. فما حال الحول ومنهم عين تطرف[١].

ولا معنى لقولهم: إنه قد خالفه بلال بقوله: «اقسمها»، لأنه لما حاجهم لم يدفعوا حجته ولم يقابلوا دليله: فالظاهر أنهم سلموا له، لأن المجتهد إذا كان عنده حجة لم يمسك عنها.

ولا معنى لقولهم: إن عمر قسمها بين الغانمين ثم رأى بعد ذلك أن ينقض القسمة فنقضها، فمنهم من ترك سهمه بغير شيء، ومنهم من لم يترك نصيبه فعوضه عنه.

وما رواه أبو عبيد بإسناده قال: كانت بجيلة ربع الناس يوم القادسية فجعل لهم عمر ربع السواد، وقال عمر لجرير: ياجرير لولا أني قاسم مسؤول لكنتم على ما جعل لكم [فأرى الناس][٢] قد كثروا، فأرى أن ترده عليهم، ففعل جرير ذلك، فأجازه عمر بثمانين دينارا»[٣]. وذلك أن

(١) رواه أبوعيبد في كتاب الأموال ص ٦٣ (١٤٧)، وابن زنجويه في كتاب الأموال ١/ ١٩١ (٢٢٤)، (٢٢٥). الجميع من طريق سعيد بن سليمان، عن عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي سلمة، ثنا الماجشون فذكره عن عمر. وهذا الإسناد ضعيف لأن الماجشون لم يدرك عمر.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) رواه أبوعبيد في كتاب الأموال ص٦٧ (١٥٤) وابن زنجويه في كتاب الأموال: كتاب فتح الأرضين وسننها وأحكامها، (٢٣٥) ١/ ١٩٨. الجميع من طريق هشيم، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن قيس بن أبي حازم. فذكره. وهذا الإسناد صحيح فجميع رواته ثقات.

القسمة ودفع العوض إنما يقبل في حق بجيلة، وهي بعض الغانمين، ولم ينقل أنه قسم لغيرهم، فالاحتجاج باق، وعلىٰ أن أباعبيد قد أجاب عن هذا بأن عمر كان نفل جريراً وقومه ذلك نفلاً قبل القتال وقبل خروجه إلىٰ العراق فأمضىٰ نفله واستطاب أنفسهم، لأنهم قد كانوا قد ملكوه، ويجوز أن يتعين حقهم بالنفل، لأنه قد وجد من جهة الإمام فعل، وهو شرط النفل، كما تعين حقهم بالقسمة / فدفع إليهم العوض لأجل ذلك، يبين صحة هذا: ما روىٰ [٢٧٧] أبوعبيد بإسناده عن الشعبي أن عمر كان أول من وجه إلىٰ الكوفة جرير بعد قتل أبي عبيد[١] فقال: هل لك في الكوفة فانفلك الثلث بعد الخمس. قال: نعم. فبعثه[٢]. ويبين صحة هذا: أنه لو كان هذا علىٰ وجه الشراء لم يدعُ علىٰ بلال وقومه ولهم فيه حق القسمة.

وأما قول عمر «لولا أني قاسم مسؤول لتركتكم وما قسمت لكم» معناه: لتركتكم وما قسمت لكم من النفل. وكل ما جاز للإمام أن يثبت الخراج فيه إذا صاروا ذمة جاز أن يترك قسمته بين الغانمين إذا ظهر عليه قياساً علىٰ رقابهم، وهذا صحيح في أرض الذمي، وهو إذا فتح الإمام بلداً صلحاً علىٰ أن تكون الدار لهم ونقرهم فيها علىٰ

---

(١) هو: أبوعبيد بن مسعود بن عمرو بن عمير الثقفي، استشهد في جماعة من المسلمين في قتال الفرس. انظر: الإصابة ٤/ ١٣٠-١٣١.

(٢) رواه أبوعبيد في كتاب الأموال ص ١٥٦ (١٥٦) تحقيق ونشر محمد حامد الفقي، وابن زنجويه في كتاب الأموال ١/ ١٩٩ في كتاب فتح الأرضين وسننها وأحكامها (٢٣٧)، والبيقهي في السير: باب السواد. السنن الكبرىٰ ٩/ ١٣٥. االجميع من طريق عفان بن مسلم الباهلي، حدثني مسلمة بن علقمة، أنا داود بن أبي هند، عن عامر الشعبي أن عمر فذكره. قال البيهقي بعده: «هذا منقطع» قلت: الإنقطاع بين عامر الشعبي وعمر، فروايته مرسلة.

أملاكهم، ويضرب عليهم الخراج في رقابهم، وهي جزية الرؤوس، وخراج أرضهم شيئاً معلوماً في كل سنة صح، ويسقط ذلك بإسلامهم[١]، ولا يلزم عليه مواشي بني تغلب، وزروعهم، وثمارهم أنه يؤخذ عنها الخراج، ولا يجوز للإمام ترك قسمتها، لأن ذلك الخراج عن رقابهم، بدليل: أنهم لا يجتمع عليهم مع ذلك جزية أخرىٰ عن الرقاب، والخراج الذي أشرنا إليه هو ثمن الأرض بدليل: أنه يجتمع معه جزية الرؤوس في حق غير التغلبي[٢].

ولا معنىٰ لقولهم: إن الرقبة ليست بمال، لأن فيها معنىٰ المال، لأنه يجوز أن يفادي بها المال، ولأنها تصير مالاً بالاسترقاق، وأما سائر الأموال فلا حظ للغانم ولا لجماعة المسلمين في ترك قسمتها، لأنها تعود إلىٰ ملاكها، وهاهنا منفعة في ترك القسمة، فإنه إذا وقفها عاد نفعها لجماعتهم، وهو الخراج.

والدلالة علىٰ جواز القسمة خلافاً لمالك، والثالثة: ما روىٰ سلمان بن يسار أن النبي ﷺ [لما][٣] قسم خيبر، عزل نصفها لنوائبه، والباقي بين المسلمين»[٤]. وهذا نص.

ولأنه مغنوم فلا يكون وقفاً بنفس الفتح، كالخيل[٥].

---

(١) انظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلىٰ ص ١٦٤.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٢٤-٢٢٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) رواه أبوعبيد في كتاب الأموال ص ٦١ (١٤٢)، وابن زنجويه في كتاب الأموال: كتاب فتوح الأرضين وسننها وأحكامها (٢١٩) ١/ ١٨٨-١٨٩، وأبوداود في الخراج والإمارة والفيء: باب ما جاء في حكم أرض خيبر (٣٠١٠). سنن أبي داود ٣/ ١٥٩، والبيهقي في قسم الفيء والغنيمة: باب قسمة ما حصل من الغنيمة من دار وأرض من مال أو شيء. وقد حكم عليه الألباني بأنه «حسن صحيح» انظر: صحيح سنن أبي داود ٢/ ٥٨٥.

(٥) أي لا يكون الخيل وقفاً بمجرد القتال عليه في سبيل الله حتىٰ يقول أوقفت الخيل في سبيل الله.

والدلالة على جواز الوقف خلافاً لأبي حنيفة: ما تقدم من حديث عمر: «أحبسه فيئا عليهم وعلى المسلمين».

ولأنها أرض فتحت عنوة جاز للإمام أن يجعلها لجماعة المسلمين، دليله: مكة لجماعة المسلمين، وهي عنوة عندنا وعندهم.

والدلالة على أنه لا يجوز إقرار أهلها عليها على وجه الملك لهم: أنها أرض / مغنومة فلا يجوز إقرار أهلها على أملاكها، دليله: مكة، والذي روى أن عمر [٢٧٨] أقر أهلها عليها وضرب عليهم الخراج فذلك على وجه الإجارة لهم وجعل الخراج إلى أجرة، بدليل: أن بلالا لما طلب القسمة، قال عمر: لا، هذا عين المال لكن أحبسه فيئا يجري عليهم وعلى المسلمين.

[١٩٨٩/٣٦] **مسألة:** قدر الخراج في جريب[١] الحنطة والشعير قفيز[٢] ودرهم قدره صاعاً[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: في جريب الحنطة أربعة دراهم، وفي جريب الشعير

---

(١) الجريب مكيال، وأما القفيز فقال البعلي في المطلع على أبواب المقنع ص٢١٨: القفيز: «مكيال، وجمعه أقفزة وقفزان بضم القاف، قال الإمام أحمد: قدر القفيز صاع قدره ثمانية أرطال. انظر: مختار الصحاح مادة «جرب».

(٢) الجريب مكيال، وأما القفيز فقال البعلي في المطلع على أبواب المقنع ص٢١٨: القفيز: «مكيال، وجمعه أقفزة وقفزان بضم القاف، قال الإمام أحمد: قدر القفيز صاع قدره ثمانية أرطال. انظر: مختار الصحاح مادة «جرب».

(٣) انظر: مقنع ابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥١٣.

درهمان[١].

لأن الخراج مأخوذ من جهة عمر، لأنه هو الذي ابتدأه على سواد الكوفة، وقد اختلفت الرواية عنه، فروى أبوعبيد بإسناده عن محمد بن عبدالله الثقفي قال: وضع عمر على أهل السواد على كل جريب عامر أو غامر درهماً وقفيزاً، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية، وعلى جريب الكرم عشرة، وعلى جريب الزيتون اثنيْ عشر[٢]. وإذا اختلفت فروايتنا أولى من وجوه، أحدها: أنها أصح سنداً، قال أحمد في رواية جعفر بن محمد: أعلى وأصح حديث في أرض السواد حديث شعبة عن عمرو بن ميمون في الدراهم والقفيز[٣].

والثاني: أنه يعضدها السنة، وهو ماروى أبوهريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «منعت العراق درهمها وقفيزها، ومنعت الشام دينارها ومديها، ومنعت مصر دينارها وأردبها[٤]، وعدتم كما بدأتم»[٥]. ومعناه ستمنع، وهذا يدل على القفيز.

والثالث: أنه أسهل وأيسر على صاحب الأرض، لأن الأربعة دراهم قيمتها صنعان[٦] جماعة.

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٧١.

(٢) رواه أبوعبيد في كتاب الأموال ص ٧٥، (١٧٤)؛ وابن أبي شيبة في الجهاد (١٢٧٥٨). المصنف ١٢/ ٢٥٧؛ وابن زنجويه في كتاب الأموال ١/ ٢١٠ (٢٥٨).

(٣) انظر: المقنع لابن قدامة ١/٥١٣.

(٤) الأردب: مكيال لأهل مصر يساوي أربعة وعشرين صاعاً. انظر: لسان العرب، مادة «ردب».

(٥) رواه مسلم في الفتن وأشراط الساعة: باب لا تقوم الساعة حتى يحسر الفرات عن جبل من ذهب (٢٨٩٦) (٣٣). صحيح مسلم ٤/٢٢٢٠.

(٦) هكذا بالمخطوط ولم يتضح لي.

[١٩٩٠/٣٧] **مسألة:** مكة فتحت عنوة[(١)].

خلافاً للشافعي، والثانية: فتحت صلحاً[(٢)].

لما روىٰ أحمد بإسناده عن أبي هريرة قال: ذكر فتح مكة، قال: أقبل رسول الله ﷺ فدخل مكة، فبعث الزبير علىٰ إحدىٰ المجنبتين[(٣)]، وبعث خالداً علىٰ المجنبة الأخرىٰ، وبعث أبا عبيدة علىٰ الحُسر[(٤)]، فأخذوا بطن الوادي، ورسول الله ﷺ في كتيبة، قال: وقد وبشت قريش أوباشاً لها، قالوا: نقدم هؤلاء فإن كان لهم شيء كنا معهم، وإن أصيبوا أعطينا الذي سألنا. قال أبوهريرة: فنظر إليّ رسول الله ﷺ فرآني فقال: «يا أبا هريرة» فقلت لبيك يا رسول الله قال لي: «اهتف بالأنصار» فهتفت بهم فجاؤوا فأطافوا برسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «أترون إلىٰ أوباش[(٥)] قريش ورؤسائهم؟» [قالوا: نعم][(٦)]، ثم قال بيده إحداهما علىٰ الأخرىٰ: «احصدوهم حصداً حتىٰ توافوني بالصفا». قال / [٢٧٩] أبوهريرة: فانطلقنا فما شاء أحد منا أن يقتل منهم ماشاء [إلا قتله وما أحد منهم يوجه إلينا شيئا][(٧)]. فقال أبوسفيان: يارسول الله أبحت خضراء قريش، لا قريش

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلىٰ ص ١٧١-١٧٥؛ والمغني ٦/ ٣٦٤، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٧٧٧، والذخيرة ٣/ ٤١٦.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ١٤/ ٧٠؛ والتمام للقاضي أبي الحسين الحنبلي ٢/ ٢٤.

(٣) المجنبتين: هي الميمنة والميسرة.

(٤) أي الذين لا دروع لهم.

(٥) الأوباش من الناس: الأخلاط. انظر: مختار الصحاح مادة «وبش».

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) أي الذين لا دروع لهم.

بعـد اليـوم، فـقـال رسـول الله ﷺ : «من أغلق بابه فـهـو آمـن، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن»[١]. وذكر الخبر، فالدليل منه من وجوه، أحدها: أنه بعث الزبير على إحدى المجنبتين، وخـالدا على الأخـرى، وأباعبيـدة على الحسـر، ووقف هو في كتيبته، وهذا بعينه القتال ورهبته.

والثـاني قوله: «أترون أوباش قـريش احـصدوهم حـصـداً» وقول أبي سـفيـان: أبحت خـضـراء قـريش[٢]. وقـولـه: فـمـا شـاء أحـد منا أن يقـتل منهم مـا شـاء [إلا قتله][٣]. وهذا كله يمنع الصلح، لأنه حثهم على القتـال بقوله: «احصدوهم» حتى استقال أبوسفيان من كثرة القتل.

والثالث: قـوله: «من أغلق بابه فهو آمن، ومن دخل دار أبـي سفيان فـهو آمن» فلو كـان الأمـان قـد سـبق بعـقـد الصلح، ثم ظهـروا لم يحـتج إلى هذا واكـتفى بما تقدم.

ولامعنى لقولهم: يحتمل أن يكـون قوله: «احصدوهم» قبل نزوله [مكة][٤]. لأنا قـد روينا أنه قـال: أقبل رسـول الله ﷺ فـدخل مكة، فـبعث الزبـير على إحدى المجنبتين، ولأنه قـال: «من أغلق بابه . . ومن دخل دار أبي سـفيـان» وهذا صـريح

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسند أبي هريرة (٧٩٢٧). المسند ٣/ ١٤٦، ومسلم في الجهاد والسير: باب فتح مكة (١٧٨٠) (٨٤). صحيح مسلم ٣/ ١٤٠٥.

(٢) في المخطوط: (خضراء قريش الصلح) ويظهر لي أن كلمة الصلح زيادة من الناسخ لهذا رأيت عدم إثباتها.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) بياض بالمخطوط مقداره كلمة ولعل مكانه ما أثبت.

في كونه بمكة، لأن دار أبي سفيان بمكة.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه رتبهم بعد دخلوه مكة لئلا يطمعوا في الغدر. لأنه لو كان كذلك لم يقل: «احصدوهم»، ولم يقل أبوسفيان: أبحت خضراء قريش، ولم يقل: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن» والأمان سابق.

ولا معنىٰ لقولهم: قول أبي سفيان: أبحت خضراء قريش. كناية عما كان من خالد بن الوليد يوم الفتح، فإنه ذكر أنهم بدؤوه بالقتال وكان ذلك في ناحية مكة رأىٰ قوماً بالسلاح لم يقبلوا الأمان، لأن قوله: أبيحت خضراء قريش فلا قريش بعد اليوم. اشارة إلىٰ جملتها، ولأن القتل كان عاماً يدل [عليه](1) قول شاعرهم(2):

إنك لو شهدت يوم الخندمة ... إذ فر صفوان وفر عكرمة(3)

وأبو يزيد قائم كالمؤتمة ... واستقبلتهم بالسيوف المسلمة

يقطعن كل ساعد وجمجمة ... ضرباً فلا تسمع إلا غمغمة

لهم نهيتٌ خلفنا وهمهمه ... لم تنطقي في اللوم أدنىٰ كلمة(4).

وصفوان وعكرمة كانا من كفار قريش وصناديدها.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) هو حماس بن قيس بن خالد. انظر: الحاوي الكبير ٤/ ٦٦-٦٧.

(٣) هو عكرمة بن أبي جهل بن هشام المخزومي، صحابي، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، واستشهد بالشام في خلافة أبي بكر علىٰ الصحيح. انظر: تهذيب التهذيب ٧/ ٢٥٧-٢٥٨؛ وتقريب التهذيب ٢/ ٢٩.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٤/ ٦٦-٦٧.

ولأنه لو صالح أهل مكة لم يخل : إما أن يصالحهم على أن يقرهم على كفرهم على أن يأخذ منهم الجزية ، أو على أن يقرهم على الكفر بغير جزية ، أو يكونوا قد أسلموا ، ولا يجوز أن / يكون قد أقرهم على الكفر بالجزية ، لما روي أنه [٢٨٠] لما دخلها كسر الأصنام[(١)] .

ولأنه لا يجوز أخذا الجزية من مشركي العرب ، ولا يجوز أن يكون أقرهم بغير جزية ، لأن هذا لايجوز بالاتفاق[(٢)] ، ولايجوز أن يكونوا قد أسلموا فصالحهم من قبل الإسلام ، يعني عن الصلح ، لأنه يحقن دماءهم وأموالهم من غير صلح ، فإذا بطلت هذه الوجوه علمنا أنه لم يدخلها إلا عنوة .

ولا معنىٰ لقولهم : إن النبي ﷺ قد أقرهم ، ويجوز أن يكون الإقرار في غيرها ، بدليل : أنه غلب الأصنام ، ولأن الغالب منهم أسلم ، لأنه كانت تأتي القبيلة بعد القبيلة فتسلم .

ولا معنىٰ لقولهم : إن عقد الإمام بغير جزية لأهل الجزية جائز[(٣)] ، ويكون محمولاً علىٰ مادون الحمل . لأنه كان يجب أن يطالبهم بها بعد الحول ولو طلب لنقل .

[**١٩٩١/٣٨**] **مسألة:** يجوز المن على الأسارىٰ والفداء بالمال إذا رأىٰ الإمام

---

(١) رواه مسلم في الجهاد والسير : باب إزالة الاصنام من حول الكعبة (١٧٨١) صحيح مسلم ٣/ ١٤٠٨ .

(٢) انظر : المغني ١٣/ ٢٠٨ .

(٣) إذا شرط في عقد الذمة أن لا جزية عليهم فهو شرط فاسد . انظر : المغني : ١٣/ ٢١٦ .

المصلحة في ذلك[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز[٢].

لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾[٣]. فأجاز المن والفداء علىٰ المشركين بعد أسرهم.

ولا معنىٰ لقولهم: إنها منسوخة بقوله تعالىٰ: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾[٤]، لأنه لا يجوز ادعاء النسخ مع إمكان الاستعمال، ونحن نجمع بينهما، فقوله: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾[٥] إذا رأىٰ الإمام ذلك، وقوله: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾[٦] إذا رأىٰ الإمام ذلك، فيجمع بينهما.

ولأن ما كان فيه مصلحة للمسلمين جاز للإمام فعله في الأسارىٰ، دليله: القتل، والاسترقاق[٧].

[١٩٩٢/٣٩] **مسألة:** يسهم للفارس ثلاثة أسهم، سهم له، وسهمان لأجل

---

(١) وبه قال المالكية. والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٣ـ١١٦٤؛ والمغني ١٣/ ٤٤ـ٤٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٥٨؛ والذخيرة ٣/ ٤١٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٥٠ـ٤٥١.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٣.

(٣) محمد (٤).

(٤) التوبة (٥).

(٥) التوبة (٥).

(٦) محمد (٤).

(٧) انظر: المغني ١٣/ ٤٤.

فرسه إذا كان الفرس عربياً[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يسهم له سهمان، سهم له وسهم لأجل فرسه[٢].

لما روىٰ ابن عمر: أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم، للرجل سهم، ولفرسه سهمان»[٣]. ولا يصح حمله علىٰ النفل، لأن السهم عبارة عن المستحق من الغنيمة بالحضور، والنفل لا يسمىٰ سهماً.

ولأنه لما لم يصلح هنا التأويل في السهم الثاني لم يصح في السهم.

ولأنه لو كان علىٰ ما قالوه لكان نصف السهم الزائد إلىٰ الفارس دون الفرس، لأن النفل إنما يكون للفارس دون الفرس.

ولأنه مقدر زيد علىٰ مقدر علىٰ سبيل الرفق، فوجب أن يكون بالضعف قياساً علىٰ مدة المسح علىٰ الخفين، فإنه لما زيد في مدة المسح للمسافر علىٰ مدة مسح المقيم جعل للمقيم يوماً وليلة / وللمسافر ثلاثة أيام ولياليهن، ولايلزم عليه زيادة [٢٨١] أكثر الحيض علىٰ أقله أنه أكثر من ثلاثة، لأنه ليس علىٰ طريق الوقف، ولايلزم عليه النصاب الثاني في الزكوات أن العفو بعد النصاب مقدر زيد علىٰ مقدر علىٰ طريق الرفق، ولايكون ضعفه في الإبل والبقر، لأنه ليس علىٰ طريق الرفق، وإنما جعل العفو في المواشي خوفاً من سوء المشاركة، ولهذا المعنىٰ لم يحصل في

---

(١) وبه قال المالكية. والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٠؛ والمغني ١٣/ ٨٥-٨٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨٩-٤٩٢؛ والذخيرة ٣/ ٤٢٤؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣٤٥-٣٥٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٦؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٠١.

(٣) رواه البخاري في الجهاد والسير: باب سهام الفرس (٢٨٦٣) صحيح البخاري ٢/ ٣٢٢، ومسلم في الجهاد والسير: باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (١٧٦٢) (٥٧). صحيح مسلم ٣/ ١٣٨٣.

الذهب والفضة عفو، لأنه لا يؤدي إلىٰ ذلك.

ولأن (الفرس)[١] إنما أسهم له لأجل ما يلزم صاحبه من المؤونة عليه ولتأثيره في القتال، ومعلوم أن المؤنة التي تلزم علىٰ الفرس أكثر من المؤنة التي يحتاج إليها الفارس، لأنه يحتاج إلىٰ مؤونة نفسه ومؤونة سائسه، فتأثيره في القتال أبلغ من تأثير الفارس، فوجب أن يكون ما سهم له أكثر مما يسهم للفارس، ولايلزم عليه العبد، والبغل أن مؤونته أكثر ولا يستحق بها شيء، لأن العبد والبغل لا يستحق السهم وإنما يرضخ له.

[١٩٩٣/٤٠] **مسألة:** يسهم للهجين سهم واحد، وهو ما كانت أمه نبطيه وأبوه عربي، والبِرْذَوْن، وهو ماكانت أمه وأبوه نبطيين، والمُقْرِفُ، وهو ما كان أبوه نبطي وأمه عربية سهم[٢].

خلافاً للشافعي، والثانية: يسهم سهمين مثل العربي[٣].

لما روىٰ أحمد بإسناده عن مكحول أن رسول الله ﷺ هجر الهجين يوم حنين، وعرب العربي، للعربي سهمان، وللهجين سهم»[٤]. [والمرسل][٥] حجة عندنا.

---

(١) في المخطوط (السهم) وما أثبت هو الصحيح.

(٢) ورجحه الخرقي. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١١٧٠؛ والمغني ١٣/٨٦-٨٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨٩-٤٩٢.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المهذب ٢/ ٣١٣؛ وحلية العلماء ٧/ ٦٧٩؛ والمغني ١٣/٨٧؛ والذخيرة ٣/ ٤٢٦.

(٤) رواه ابن عدي في الكامل ١/ ١٧٥؛ والبيهقي في قسم الفيء والغنيمة: باب ما جاء في سهم البراذين، والمقاريف، والهجين. السنن الكبرىٰ للبيقهي ٦/ ٣٢٨. وهذا الحديث لم أجده عند أحمد في المسند، وقد ضعف الألباني هذا الحديث انظر: إرواء الغليل ٥/ ٦٥.

(٥) بياض بالمخطوط مقداره كلمة ولعلها ما أثبت.

وعن عمر أنه كتب إلىٰ أبي موسىٰ في البراذين ما قارب العتاق[١] مثلها فاجعله سهماً واحداً والْغِ ما سواه»[٢].

ولأنه ينقص عن العربي في الكر والفر في العادة، فلم يساوه في السهم، كالرجل.

ولامعنىٰ لقولهم: إن ما فيه من نقصان القيمة فالكر يقابله، بما فيه من الكر والصبر. لأنا لا نعلم أن ما فيه من الكر والصبر يقابل ما فيه من نقصان الكر والفر، بل الظاهر أنه لا يقابله، بدليل أن الغزاة لا يتخذونها للجهاد

[١٩٩٤/٤١] **مسألة:** يسهم لفرسين[٣].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يسهم لأكثر من فرس واحد[٤].

لما حدثناه المخلص بإسناده عن عمر أن رسول الله ﷺ قسم يوم بني قريظة للفرس الواحد سهم، ثم قسم فيما بعد ذلك لفرسين، ولم يقسم لأكثر منهما،

---

(١) العتاق: مفرده عتيق، وهو الخيار من كل شيء، فرس عتيق رائع كريم بين العتق. انظر: لسان العرب، مادة «عتق».

(٢) رواه عبدالرزاق في الجهاد: باب السهام للخيل (٩٣٢٥). مصنف عبدالرزاق ٥/ ١٨٧، وابن أبي شيبة في الجهاد: في البراذين ما لها وكيف يقسم لها؟ (١٥٠٣٧). مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٤٠٢، وهذا الأثر عند عبدالرزاق من طريق عبدالقدوس، حدثنا الحسن قال: كتب أبوموسىٰ فذكره، وعند ابن أبي شيبة من طريق وكيع قال محمد بن راشد، عن سليمان بن موسىٰ، فذكره. وهذا الأثر بمجموع الطرق حسن. فعبد القدوس هو ابن محمد عبدالكبير بن شعيب البصري صدوق، ومحمد بن راشد التميمي مقبول، وسليمان بن موسىٰ فيه لين. انظر: تقريب التهذيب ١/ ٣٣٣، ٢/ ١٦٠.

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٠؛ والمغني ١٣/ ٨٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٢-٤٩٣.

(٤) منهم أبوحنيفة، ومالك، والشافعي. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠١؛ والتفريع ١/ ٣٦٠؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٥.

وإن كان مع رجل أكثر من اثنين»[١].

وروىٰ أبوالحسين بإسناده عن بشير بن عمرو بن محصن روىٰ عمرو قال: أسهم رسول الله / ﷺ لفرسي أربعة أسهم ولي سهماً واحداً، فأخذت خمسة [٢٨٢] أسهم»[٢].

ولأنه قد يحتاج إلىٰ فرسين، لأنه قد يَكِلُّ الذي تحته ويَعْيَا فيحتاج إلي الثاني، كحاجته إلىٰ الواحد، فيجب أن يسهم له، وجرىٰ الثاني مجرىٰ الشاهد الثاني لما كان بنا حاجة إليهم ليذكِّر الشاهد الأخر، كان وجوده شرطاً، ولم يشترط ثالثاً لعدم الحاجة، ولا حاجة إلىٰ ثالث، لأنه إذا أعيا الأول وكل السرج بالثاني، ولا اعتبار بقتل الثاني فيحتاج إلىٰ ثالث، لأنه قد يقتل الثالث والرابع إلىٰ مالا نهاية، وهذا معدوم في الاثنين.

ولأن الاثنين عدد لا يزيد علىٰ سهم للفرس، فأشبه الواحد.

[١٩٩٥/٤٢] **مسألة:** يسهم للبعير[٣].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يسهم له[٤].

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه في الجهاد: باب من قال لا سهم لأكثر من فرسين، (٢٧٧٤). سنن سعيد بن منصور ٢/٢٣٨. وهذا الحديث ضعيف. انظر: ارواء الغليل ٥/٦٦.

(٢) رواه الدارقطني في السير (١٦). سنن الدارقطني ٤/ ١٤، وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٦٧.

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧١؛ والمغني ١٣/ ٨٩-٩٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٣.

(٤) منهم الإمام مالك، والشافعية. ورجحه ابن قدامة في المغني. انظر: التفريع ١/ ٣٦٠؛ والمغني ١٣/ ٩٠؛ والمهذب ٥/ ٢٩٣.

لأنه حيوان [يجوز] [١] عقد المسابقة عليه، فجاز أن يسهم له من الغنيمة، دليله: الهجين، ولايلزم عليه البغل، والحمار، لأنه لا تجوز المسابقة عليه [٢]، يبين صحة هذا: أن المسابقة جعلت للتحريض على القتال، وكل ما كان للهجين مدخل فيه كان للبعير مدخل فيه، دليله: المسابقة، ويبين صحة هذا: أن البعير، كالهجين في نقصان الكر والفر.

[**١٩٩٦/٤٣**] **مسألة:** إذا غصب فرساً وغزا عليه أسهم للفرس، ويكون السهم لمالكه[٣].

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة في قولهم: لا يسهم للفرس، ويسهم للغاصب سهم راجل[٤].

وخلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يسهم له ويكون للغاصب[٥]. [٦]

فالدلالة على أن الفرس يسهم له: أنه فرس حضر الوقعة ومعه من يقاتل عليه، فاستحق السهم، دليله: لو كان صاحبه معه، ولايلزم عليه إذا دخل الفرس

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) هذا محل نظر ولعل المراد أنه لا تجوز المسابقة على البغل والحمار بعوض. انظر: المغني ١٣/ ٤٠٧.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ١٠٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٠٧.

(٤) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣/ ٢٥٥.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٥؛ والحاوي الكبير ١٤/ ١٦٣.

(٦) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه يسهم للفرس، وعلى الغاصب أجرة المثل للمغصوب منه. انظر: الذخيرة ٣/ ٤٢٨.

بنفسه إلى دار الحرب أنه لايسهم له، لأنه ليس معه من يقاتل عليه.

والدلالة على أن السهم لصاحبه: أنه مبني على مسألة الغصابة وهذا إذا غصب مالاً فاتجر فيه وحصل فيه ربح أن الربح يكون لصاحب المال وكان المعنى فيه إذا تبع الأصل إذا كان من عينه تبعه، كذلك إذا كان من ربحه، كالنصاب في الزكاة يتبعه السخال، وهي من عينه، والربح تبع، وهو من ربحه، وقد ثبت أنه لو غصب حباً فزرعه كان النماء لصاحبه، كذلك إذا غصب مالاً فربح فيه[(١)].

[١٩٩٧/٤٤] **مسألة:** إذا غزا العبد على فرس لسيده، أسهم للفرس سهماً كاملاً وكان لسيده، ويرضخ[(٢)] للعبد[(٣)].

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة، وأصحاب الشافعي / [في قولهم][(٤)]: لا يسهم[٢٨٣] له[(٥)].

لأن الفرس قد حضر القتال، ومعه من يقاتل عليه، فوجب أن يسهم له، دليله: إذا كان صاحبه معه، أو مستعيراً، أو مستأجراً[(٦)].

ولامعنى لقولهم: إن مالكه لا يستحق السهم. لأن السهم محكوم به لسيده،

---

(١) انظر: المغني ٧/ ٣٨٩.

(٢) الرضخ: ما يعطى من الغنيمة دون السهم. انظر: القاموس الفقهي ص ١٤٩.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٣؛ والمغني ١٣/ ١٠٠-١٠١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٨؛ والذخيرة ٣/ ٤٢٩.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣/ ٢٥٦؛ والحاوي الكبير ١٤/ ١٦٣.

(٦) انظر: المغني ١٣/ ١٠١.

وسيده غير مستحق للسهم، والعبد قائم مقامه في ذلك، ويده تقوم مقام يد السيد، ألا ترىٰ أن ما يكسبه يكون لسيده وتقوم يده مقام يد السيد.

[١٩٩٨/٤٥] **مسألة:** إذا دخل دار الحرب فارساً، ثم مات فرسه قبل إحراز الغنيمة استحق سهم الراجل[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يستحق سهم الفارس[٢].

لأنه داخل في حال انقضاء الحرب، أو ليس بفارس في حال انقضاء الحرب، فوجب أن لا يستحق سهم الفارس، أصله: إذا كانت الحرب في دار الإسلام[٣].

ولا معنىٰ لقولهم: إذا كنت الحرب في دار الإسلام لم تحصل الغلبة بهزيمتهم. لأن الغلبة إنما تحصل بهزيمتهم سواء كانوا في دار الحرب أو في دار الإسلام.

ولأن الفرس يستحق بحضوره سهم، كالآدمي، ثم ثبت أن الآدمي إذا مات قبل انقضاء الحرب سقط سهمه، كذلك إذا مات الفرس، يبين صحة هذا: أن استحقاق الآدمي آكد، لأنه يستحقه بنفسه، والفرس يستحق غيره بسببه، وإذا سقط بموت الآدمي فسقوطه بموت فرسه أولىٰ.

ولأنه لو كان الاعتبار بحال الدخول، لوجب إذا دخل فارساً ثم باع فرسه أن

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٩-١١٧٠؛ والمغني ١٣/ ٨٤-٨٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨٨؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣٥٥.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٩؛ والذخيرة ٣/ ٤٢٦.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٨٤.

يستحق سهم الفارس، فلما ثبت أنه يستحق سهم الراجل، علم أن الاعتبار بما نقول، ولو كان الاعتبار بحال الدخول إذا دخلها كافر، ثم أسلم، أو عبد، ثم أعتق، وصبي، ثم بلغ، وحضروا القتال أن لا يسهم لهم اعتباراً بالدخول، ولما قالوا يسهم لهم بطل اعتبار الدخول، وثبت أن الاعتبار بحال تقضي الحرب[1].

[١٩٩٩/٤٦] **مسألة:** فإن دخل دار الحرب راجلاً، ثم صار فارساً استحق سهم الفارس[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يستحق سهم راجل[3].

لأنه فارس في حال تقضي الحرب على فرس يجوز له القتال عليه، أشبه إذا كان موجوداً حال دخوله دار الحرب[4]، ولايلزم عليه إذا كان على فرس مغصوب، لقولنا: «يجوز له القتال عليه».

ولأنه حيوان يسهم له من الغنيمة، فإذا كان موجوداً حال تقضي القتال أسهم له، كالفارس.

ولأنا قد بينا في التي قبلها أنه لا اعتبار بالدخول، وإنما الاعتبار بتقضي الحرب.

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٨٥.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٩-١١٧٠؛ والمغني ١٣/ ٨٤-٨٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٨٨؛ وتكلمة المجموع ١٩/ ٣٥٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٩.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٨٤.

[٢٠٠٠/٤٧] **مسألة:** لا يسهم للصبيان[١].

خلافاً لمالك في قوله: إذا أطاق القتال وقاتل أسهم له[٢].

لأنه ليس من أهل القتال، بدلالة ما روىٰ عن ابن عمر قال: عرضت علىٰ النبي ﷺ في عام / أحد وأنا ابن أربعة عشر سنة فردني ولم يرني بلغت، وعرضت [٢٨٤] عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشر سنة، فأجازني في المقاتلة»[٣]. وإذا لم يكن من أهله لم يستحق السهم، كالعبد، والمرأة.

[٢٠٠١/٤٨] **مسألة:** لا يستعان بالمشركين علىٰ قتال العدو، ولا يعاونوا علىٰ قتال عدوهم[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في [قولهما][٥]: يجوز الاستعانة بهم، غير أن الشافعي يجوز بشرطين، أحدهما: إذا كان بالمسلمين قلة، والمشركين كثرة.

والثاني: إذا كان يعلم من المشرك حسن رأي في الإسلام وميلاً إليه[٦].

---

(١) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٢؛ والمغني ١٣/ ٩٥-٩٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٧؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٠؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣٦٠.

(٢) انظر: التفريع ١/ ٣٦٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٩.

(٣) رواه البخاري في الشهادات: باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، (٢٦٦٤). صحيح البخاري ٢/ ٢٧٥-٢٧٨؛ ومسلم في الإمارة: باب بيان سن البلوغ (١٨٦٨) (٩١). صحيح مسلم ٣/ ١٤٩٠.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٩٨-٩٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٨؛ والذخيرة ٣/ ٤٠٥.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: الرد علىٰ سير الأوزاعي لأبي يوسف ص ٣٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٢.

لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ خرج بدراً، فتبعه رجل من المشركين فلحقه عند الحرة فقال: إني أريد أتبعك وأصيب معك. فقال [له رسول الله ﷺ][(١)]: «تؤمن بالله ورسوله؟» قال: لا. قال: «ارجع (فلن)[(٢)] استعين بمشرك»[(٣)].

ولأنه لا يؤمن مكره بالمسلمين، ولا يسره قتل أهل دينه، فلم يجز أن يستعان به، كالمخذل[(٤)].

ولأنه لو جاز أن يستعان به لم يفرق الحال بين أن [يكون][(٥)] بالمسلمين كثرة أو قلة، ولما لم يجز أن يستعان به إذا كان بالمسلمين كثرة لم يجز إذا كان بهم قلة، كالمخذل.

ولأنه لو جاز أن يستعان به على المشركين، جاز أن يستعان به على البغاة، كالمسلم، ولما قال الشافعي: لا يستعان به على قتال البغاة[(٦)]. كذلك على قتال الكفار، كالمخذل.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) في المخطوط (فلم).

(٣) رواه مسلم في الجهاد والسير: باب كراهية الإستعانة في الغزو بكافر (١٨١٧) (١٥٠). صحيح مسلم ٣/ ١٤٤٩.

(٤) النظر: المغني ١٣/ ٩٩.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: المهذب ٥/ ١٩٨.

[٢٠٠٢/٤٩] **مسألة:** فإن استعان بهم الإمام، فحضروا القتال أسهم لهم[١].

خلافاً لأكثرهم، والثانية: يرضخ له، ولا يسهم له[٢].

لما روىٰ ابن المنازل بإسناده عن الزهري أن رسول الله ﷺ قسم لليهود [قاتلوا معه][٣]»[٤]، وفي لفظ آخر: «كان رسول الله ﷺ جعل لليهود غزوا معه سهمان مثل سهمي المسلمين»[٥].

ولأنه حر بالغ معاون على الجهاد، أشبه المسلم.

(١) المذهب عند الحنابلة أنه يسهم لهم. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٢-١١٧٣؛ وكتاب التمام ٢/ ٢٢١؛ والمغني ١٣/ ٩٧-٩٨؛ والإنصاف ٤/ ١٧١-١٧٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٩٧-٤٩٨.

(٢) منهم أبوحنيفة، ومالك، والشافعي، ورواية ثانية عن الإمام أحمد. انظر: الرد علىٰ سير الأوزاعي للقاضي أبي يوسف ص ٣٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٥؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٢.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) رواه عبدالرزاق في الجهاد: باب سهمان أهل العهد (٩٣٢٨). مصنف عبدالرزاق ٥/ ١٨٨؛ وابن أبي شيبة في الجهاد: من غزا بالمشركين وأسهم لهم (١٥٠١١). مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٣٩٥، والترمذي في السير: باب ماجاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين هل يسهم لهم؟ سنن الترمذي ٤/ ١٢٨، والبيهقي في السير: باب الرضخ لمن يستعان به من أهل الذمة علىٰ قتال المشركين ٩/ ٥٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٥٣، وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن الترمذي ص ١٨٤.

(٥) رواه عبدالرزاق في الجهاد: باب سهمان أهل العهد (٩٣٢٨). مصنف عبدالرزاق ٥/ ١٨٨؛ وابن أبي شيبة في الجهاد: من غزا بالمشركين وأسهم لهم (١٥٠١١). مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٣٩٥، والترمذي في السير: باب ماجاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين هل يسهم لهم؟ سنن الترمذي ٤/ ١٢٨، والبيهقي في السير: باب الرضخ لمن يستعان به من أهل الذمة علىٰ قتال المشركين ٩/ ٥٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٥٣، وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن الترمذي ص ١٨٤.

وفيه احتراز من المخذل، لأنه غير محل الجهاد.

ولأن استحقاق السهم بالحضور أحد جهات التملك، فاستوىٰ فيه الغني والفقير، وكان للكافر مدخل فيه، (كالاحتشاش)[١]، أو الاحتطاب، وغير ذلك.

وفيه احتراز من الزكاة، والكفارات، لأنه يستوي فيها الغني والفقير.

[٢٠٠٣/٥٠] **مسألة:** تجار العسكر إذا حضروا الوقعة يسهم لهم وإن لم يقاتلوا، وكذلك الأجير[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: إن قاتلوا استحقوا، وإن لم يقاتلوا فلا شيء لهما[٣]. [٤]

وخلافاً للشافعي في قوله: لا شيء لهم[٥].

لأن من استحق السهم الكامل إذا قاتل استحقه إذا حضر ولم يقاتل، دليله: غير التاجر.

ولأنه حضر الوقعة وهو من أهل السهم، فاسهم له، كما لو كان قصده القتال.

---

(١) كلمة لم تنقط في المخطوط وهذا رسمها (كالبعر) ولعلها ما أثبت. وانظر: المغني ١٣/ ٩٨.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ١٦٦-١٦٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٣٦.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٥.

(٤) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنهم يسهم لهم سواء قاتلوا أو لم يقاتلوا إذا كانوا عوناً ومدداً وكانوا أحراراً مسلمين. انظر: التفريع ١/ ٣٦٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٩.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٦.

ولأن الحاضر في الصف بمنزلة المقاتل، لأنه قد كثر العدد وصار ظهراً وقوة للمسلمين، فإذا احتيج إلى قتاله قاتل، فاستحق السهم، / كسائر الجيش. [٢٨٥]

[**٢٠٠٤/٥١**] **مسألة:** لا تصح النيابة في الجهاد لا بتبرع، ولا بجعل، ولا بأجرة[1].

خلافاً لمالك في قوله: تصح النيابة فيه بجعل إذا كان النائب ممن لم يجب عليه الجهاد كالعبد، والمرأة، وكما لو استأجر عشرة يغزون لثلاثين نفر، فإنه لا يتعين عليهم الثبات، وإنما يتعين عليه في ضعفهم، وهم العشرون أو ممن لم يتعين عليه، وسواء كان المناب عنه ممن قد تعين عليه أو لم يتعين[2].

لأنه إذا التقى الزحفان عليه الثبات، فصار ثابتاً في فرض نفسه، فإذا كان فرض نفسه لم يجز أن يفعله عن الغير، وعليه فرضه، كما قلنا في الحج، وإذا كان الثابتون عشرة في مقابلة ثلاثين، فإنه قد تعين وهو أن ينهزم عشرة من الثلاثين ويبقى بإزائهم عشرون، فأما العبد والمرأة فليسا من أهل القتال ولا يجوز أن يستعان في العبادة بمن ليس من أهلها[3]، كما لا يجوز أن ينوب في الحج من ليس من أهله، وهو من لم يحج عن نفسه.

[**٢٠٠٥/٥٢**] **مسألة:** إذا مات الغازي بعد تقضي الحرب وحصول الغنيمة في

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ١٦٤-١٦٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٣٤؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٢٦٧.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٠-٤٠١.

(٣) الصحيح أنه يجوز أن يستعان بالعبد والمرأة في الجهاد.

أيديهم استحق سهمه، وَوَرَّثوا عنه ورثته[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا مات قبل إحراز الغنيمة في دار الإسلام أو قسمتها في دار الحرب لم يستحق شيئاً منها[٢].

لأن كل حالة تصح قسمة الغنمية فيها، فإذا مات انتقل حقه منها إلىٰ ورثته، أصله: إذا مات في دار الإسلام[٣].

ولأنه لو مات بعد قسمة الغنيمة ورث، فإذا مات قبل القسمة وجب أن يورث، دليله: ما ذكرنا.

ولأنه شهد الوقعة ومات بعد انقضاء القتال، فوجب أن لا يسقط حقه من الغنيمة، دليله: ما ذكرنا.

[**٢٠٠٦/٥٣**] **مسألة:** إذا وطء أحد الغانمين جارية من الغنيمة قبل القسمة فلا حد عليه، فإن جاءت بولد فهو حر ثابت النسب منه، وعليه قيمته مع المهر يرد في المغنم، وتصير أم ولد له[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا حد عليه، ولا يثبت نسب ولدها منه، وهو

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١١٧١؛ والمغني ١٣/٩١-٩٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٢٩٤، والذخيرة ١/ ٦١١، والتنبيه في فقه الشافعي ص٢٣٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٥.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٩٢.

(٤) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٠؛ والمغني ١٣/ ١٩٦-١٩٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٦٣-٥٦٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٦٤-٤٦٥.

مملوك يرد في الغنمية، وعليه العقر[(١)] [(٢)] [(٣)].

فالدلالة على ثبوت نسب الولد: أنه وطء يسقط فيه الحد بشبهة الملك، فوجب أن يثبت نسب الولد وحربته، أصله: إذا وطء الأب جارية ابنه، وأحد الشريكين الجارية المشتركة[(٤)].

والدلالة على أنها تصير أم ولد: أنها علقت بحر لأجل الملك، فوجب أن تصير أم ولده، دليله: الأمة المملوكة، وأمة ابنه، والأمة المشتركة[(٥)]، يبين صحة هذا: قول النبي ﷺ: «اعتقها ولدها»[(٦)]. فجعلها أم ولد حرية الولد، وهذا موجود هاهنا.

[٢٠٠٧/٥٤] **مسألة:** في قوم يُسْبَوْنَ، ثم يُعْتَقُونَ، فيدعون أنسابهم لم يقبل اقرارهم حتى يقيموا البينة[(٧)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يصدقون في كل ما يصدق فيه المسلمون/ وأهل [٢٨٦]

---

(١) العُقرُ: دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها، ثم استعمل في المهر. انظر: القاموس الفقهي ص ٢٥٧.

(٢) انظر: الرد على سير الأوزاعي للقاضي أبي يوسف ص ٤٩؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٣٨.

(٣) قال ابن القاسم، وأشهب من المالكية: يحد ولم تكن له أم ولد. انظر: الذخيرة ٣/ ٤٢٧.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ١٩٧.

(٥) انظر: المغني ١٣/ ١٩٧.

(٦) رواه ابن ماجة في العتق: باب أمهات الأولاد. سنن ابن ماجة ٢/ ٨٤١؛ والبيهقي في عتق أمهات الأولاد: باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له. السنن الكبرى ١٠/ ٣٤٦؛ وعبدالرزاق في الطلاق: كتاب بيع أمهات الأولاد (١٣٢٣٦). المصنف ٧/ ٢٩٤.

(٧) انظر: كتاب التمام للقاضي أبي الحسين الحنبلي ٢/ ٢٢٢.

الذمة[١].

لأنه قد ثبت عليه الولاء، لمسلم، ويريد أن يقطع بإقراره بالبنوة أو الأبوة فلا يقبل، ويفارق هذا إذا أقر المسلم بابن وله أخ أن لا يقبل إقراره، وكذلك إذا أقر بزوجة صدق، لأن الولاء نتيجة الملك، فلما لم يملك إسقاط حق مولاه من الرق بإقراره، كذلك لا يملك اسقاط حق مولاه من الولاء وليس كذلك النسب، لأنه لم يكن له أصل يمنع الإراره به فلهذا نفذ إقراره، ولأن ثبوت الولاء أحد[٢]، لأنه فرع الملك يثبت بعوض وغير عوض فلهذا [ ][٣] الملك في بابه، كذلك ثمرته وفائدته، وليس كذلك النسب، لأنه ضعيف، بدليل: أنه يثبت ابتداء بغير عوض، فلما ضعف في بابه ملك إسقاط الإرث به بالاعتراف بغيره.

[**٢٠٠٨/٥٥**] **مسألة:** إذا سبى الطفل مع أحد أبويه تبع السابي في الإسلام[٤].

خلافاً لأبي حنيفة[٥]، والشافعي [في قولهما][٦]: هو تبع لمن سبى معه من أبويه في الكفر[٧].

---

(١) لم أقف على مذهب الحنفية في هذه المسألة.

(٢) هكذا في المخطوط ويظهر لي أن بالكلام سقطاً.

(٣) بياض بالمخطوط مقدار كلمة.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٥-١١٧٦؛ والمغني ١٣/ ١١٢-١١٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٠٥.

(٥) مذهب الحنفية في هذه المسألة: أن الصبي يتبع أحد أبويه في الإسلام إن كان يعقل لم يبلغ. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٤٨.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: الحاوي الكبير في الفقه الشافعي ١٤/ ٢٤٦-٢٤٧.

وخلافاً لمالك في قوله: إن سبي مع أمه لم يتبعها وتبع السابي[١].

لأن كل شخص غلب حكم إسلامه حال الإنفراد غلب حكم إسلامه مع غيره، دليله: أحد أبويه إذا أسلم يغلب حكم إسلامه منفرداً، وتبع الأب، كذلك السابي لما غلب حكم إسلامه منفرداً، كذلك مع أحد أبويه[٢].

[٢٠٠٩/٥٦] **مسألة:** إذا سبي الزوجان معاً فهما على نكاحهما، وإن سبي أحدهما وقعت الفرقة[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: ينفسخ النكاح سواء سبيا معاً أو أحدهما[٤].

لأن الرق لم يوضع للفرقة، فإذا لم يمنع ابتداء العقد لم يوجب فسخه، كالبلوغ والعتق، ولا يلزم سببا عليه الخلع، لأنه لا يمنع الابتداء ويوجب الفسخ، لأنه موضوع للفرقة، ولايلزم عليه الرضاع، وشراء الزوجة، ووطء أم الزوجة، والردة (لأنه)[٥] يمنع ابتداء العقد، فأوجب فسخه، ولايلزم عليه إذا سبي أحدهما، لأنه ليس الموجب للفسخ الرق، وإنما الموجب العلم ببقاء الزوج في دار الحرب، لأن الغالب أن السبي إذا حصل في أحد الزوجين فلا سبيل إلى معرفة بقاء الزوج أو هلاكه، فجعلت بمنزلة من ليس لها زوج، ولايلزم على هذا إذا علمنا

(١) انظر: الكافي لابن عبدالبر ١/ ٤٠٣.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٦.

(٣) وبه قال أبو حنيفة. انظر: المغني ١٣/ ١١٣-١١٥؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٩٠؛ والرد على سير الأوزاعي ص ٥٣

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٥٣-٤٥٤.

(٥) في الأصل (لأن).

وجود الزوج في دار الحرب أنا لا نحكم بفسخ النكاح. لأن ذلك نادر، والغالب أن لا يعلم، يبين صحة هذا: حكمنا وإيَّاهم بإسلام الطفل بإسلام سابيه، لأنه لا سبيل إلىٰ معرفة بقاء أبويه علماً، فجعلناه كالمتحقق، / وإن علمنا وجودهما [٢٨٧] وحكمنا بإسلام الطفل، لأنه نادر، ولايلزم عليه الغصب، لأن حدوثه لا يوجب الفسخ، وإنما يثبت جملة الفسخ.

ولامعنىٰ لقولهم: الموجب لفسخ النكاح هو حدوث الرق، وهذا لا يتصور أن يجتمع مع انتفاء النكاح، وإنما يجتمع استدامته مع ابتدائه، وذلك أن ما كان حدوثه موجباً للفسخ كانت استدامته مانعة من ابتداء النكاح، بدليل: الرضاع، وشراء [الزوجة][1]، ووطء أم الزوجة، والردة، ولو كان طريان الرق يوجب[2] لكان استدامته تمنع، ونفرض الكلام فيه إذا سبيت وزوجها مسلم معها، فإن قال: لا تقع الفرقة. ثبت أن حدوث الرق غير موجب للفرقة، فإن قال: الفرقة تقع. فنقول: البضع ملك مسلم قبل الأسر، فلم يستحق عليه بالسبي، كسائر أمواله التي في دار الحرب، ونفرض الكلام فيه إذا سبي الزوجان وهما غنيان فإن قال: تقع الفرقة بطل قوله: إن علة الفرقة حدوث الرق. وإن قال: لا تقع الفرقة. قلنا: سبي الزوجين معاً لا تقع به الفرقة، دليله: سبي العبدين.

ولامعنىٰ (لقولهم)[3]: إن رقه يكون متعلقاً بما تقدم، وما تأخر، كما أن من

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) يظهر لي سقط بالكلام هنا، ولعله الفرقة.

(٣) في المخطوط: (قولهم).

زنى ثم زنى، فإن الحد يجب بالجميع[1]، وكذلك إذا سرق ثم سرق[2]، وكذلك إذا تكررت معجزات النبي ﷺ كان صدقه متعلقاً بالجميع، وذلك إنه إنما جاز أن يطرأ سببية الزنا على الزنا، والمعجزة عل المعجزة، والحدث على الحدث لوجود أسبابهما، لأن معنى الزنا ما تمحض تحريمه، وانتفت شبهته وهذا موجود في الثاني، والمعجزة ما خرقت العادة، والحدث خروج النجاسة من البدن، وهذا موجود في الثاني، فأما الاسترقاق فهو طريان الرق على الحرية، وهذا معدوم في سبي المملوك، كالسبب وجد غير مثبت للمسبب فلا يقال: حدث الرق.

[٢٠١٠/٥٧] **مسألة:** إذا مات الأبوان، أو أحدهما حكم بإسلام الطفل، وكذلك إذا عدم الأبوان، أو أحدهما من غير موت مثل أن يوجد لقيط في دار الحرب، أو تعلق امرأة كافرة من زنا، أو يختلط بولد مسلم بحيث لا يتميز[3].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يحكم بإسلامه بشيء من ذلك[4].

لأنه تبع لهما في الدين فإذا عدما وجب الحكم بإسلامه، كاللقيط إذا وجد في دار الإسلام، فإنه يحكم بإسلامه، لأنه تبع لغيره في الدين، ولايلزم عليه إذا كان بالغاً، لقولنا: «هو تبع» والبالغ ليس بتابع.

ولامعنى / لقولهم: إن الدار دار الإسلام. لأنه إذا مات الأبوان وهما ذميان [٢٨٨]

(١) انظر: المغني ١٢/ ٣٨١.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٣٨١.

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٧٥-١١٧٦؛ والمغني ١٣/ ١١٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٠٥.

(٤) منهم الإمام مالك. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٣.

في دار الإسلام لم يحكم بإسلامه لأجل أنها دار إسلام .

ولا معنىٰ لقولهم : إنه في دار الإسلام يحتمل أن يكون أبواه مسلمين ، وهذا هو الظاهر ، وهاهنا قد علمنا كفر الأبوين . لأنه إذا سبي الولد منفرداً عن أبويه حكم بإسلامه ، وإن علمنا كفر أبويه ، كذلك هاهنا .

ولا معنىٰ لقولهم : إنما حكمنا بإسلامه هناك لأجل إسلام سابيه وهذا معدوم هاهنا . لأنه لو سبي مع أبويه أو أحدهما لم يحكم بإسلامه ، وإن كان إسلام سابيه موجوداً ، يبين صحة هذا : أنه إنما حكم بإسلامه بإسلام سابيه ، لأن الظاهر عدم الأبوين وموتهما ، وإن كان لهذه العلة فهذا المعنىٰ موجود بموتهما فيجب أن يحكم بإسلامه ، وكل شخص غلب حكم كفره حال وجوده وجب وإن لم يغلب حكم الإسلام عند عدمه ، دليله : حالة السبي ، وذلك أنه لو سبي الطفل مع أبويه حكم بكفره لوجود الأبوين ، ولو سبي منفرداً غلب حكم الإسلام في الطفل ، لعدم الأبوين ، يبين صحة هذا : أن بموتهما قد تحققنا عدمهما ، وبالسبي منفرداً لم يتحقق عدمهما[(١)] .

[٢٠١١/٥٨] **مسألة:** إذا صالح الإمام أهل دار من دور الحرب ، فسباهم قوم آخرون لم يكن لنا أن نشتريهم ونسترقهم[(٢)] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : له ذلك[(٣)] .

(١) انظر : المغني ١٣/ ١١٣ .

(٢) انظر : المقنع لابن البنا ٣/ ١١٨٠ـ١١٨١ ؛ والمغني ١٣ـ١٣٥ .

(٣) انظر : الفتاوىٰ الهندية ٢/ ٢٢٥ .

لأن بيننا وبينهم أمان فهم بمنزلة أهل الذمة، يبين صحة هذا: أن أموالهم، ورقابهم، وذراريهم محرمة علينا كتحريم ذلك من أهل الذمة[١].

[٢٠١٢/٥٩] **مسألة:** إذا استرق الإمام السبي لم يجز بيعهم من كافر ذمي ولا غيره صغاراً كانوا أو كباراً[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز بيعهم من أهل الذمة، ولايجوز بيعهم من أهل الحرب[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: يجوز بيعهم منهم[٤].

لما روي عن عمر في شروطه عليهم: «وأن لا يتخذ شيئاً من الرقيق الذين جرت عليهم سهام المسلمين»[٥]. وهذا قول ظاهر منتشر عن عمر.

ولأنه رقيق جرىٰ عليه أملاك المسلمين فلا يجوز بيعه من كافر، كالحربي، والمدبر، والمكاتب، ولايلزم عليه إذا اشترىٰ مسلم عبداً كافراً أو ذمي، فإنه لا يجوز بيعه من ذمي علىٰ ظاهر كلام أحمد.

ولأنه إذا كان في أيدي المسلمين رجي إسلامه، وإذا بيع منهم منعوه من الإسلام إن رغب فيه[٦]، (ولهذا)[٧] منعنا / الكافر من حضانة اللقيط إذا ادعىٰ [٢٨٩]

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ١٣٥.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٥١؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٩٠.

(٣) لم أقف علىٰ رأي الحنفية في هذه المسألة.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ١٤/ ٢٤٧.

(٥) قال صاحب المغني ١٣/ ٥١: «هكذا حكىٰ أهل الشام، وليس له إسناد».

(٦) انظر: المغني ١٣/ ٥١.

نسبه[١].

[٢٠١٣/٦٠] **مسألة:** إذا طرح المشركون النار في سفينة فيها مسلمون فإن رجوا[٢] النجاة في [رميهم][٣] بأنفسهم في الماء، ولم يرجوها في البقاء في السفينة فإنهم يلقون أنفسهم في الماء، وإن رجوا في كل واحد منهما فعلوا أيهما شاؤوا، وإن اعتدل الأمران فعلوا أيهما شاؤوا، فإن اعتدل الأمران فيهما، أو غلب ذلك في ظنهم لم يسعهم إلقاء أنفسهم في الماء إذا لم يرجوا به النجاة[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: (هم)[٥] بالخيار إن شاؤوا ثبتوا في السفينة وإن شاؤوا ألقوا أنفسهم في الماء[٦].

لأنه إذا ألقى نفسه في الماء فقد قتلها، وقد قال الله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ**﴾[٧]. ولأن حرمة دمه كحرمة دم غيره، ولو قيل له: ليحرقنك بالنار أو لتقتل هذا الرجل لم يسعه أن يقتل الرجل، كذلك إذا اضطر إلى قتل نفسه.

[٢٠١٤/٦١] **مسألة:** إذا ند بعير الحربي وحصل في دار الإسلام وأخذه واحد

---

(٧) في المخطوط (ولو) وما أثبت هو الصحيح.

(١) انظر: المغني ٨/ ٣٦٨.

(٢) في المخطوط: رجوا رجوا. وهذا تكرار وقع سهوا لعله من الناسخ.

(٣) بياض بالمخطوط ولعل مكانه ما أثبت.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٣/ ١٩٠؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٨٥.

(٥) في المخطوط (هو).

(٦) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٩٣؛ والمغني ١٣/ ١٩٠.

(٧) النساء (٢٩).

من المسلمين فهو لمن أخذه خاصة، وكذلك إذا دخل حربي دار الإسلام بغير أمان وأخذه رجل من المسلمين فهو لمن أخذه[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو فيء لجماعة المسلمين[٢].

لأنه لم يؤخذ بقوة المسلمين، فوجب أن يكون لمن أخذه، كما لو دخل الواحد دار الحرب بغير إذن الإمام وأخذ حربياً، أو أخذ ماله، فأخرجه إلىٰ دار الإسلام، فإنه يكون له خاصة[٣].

[٢٠١٥/٦٢] **مسألة:** ما أهدىٰ ملك الروم إلىٰ أمير الجيش في دار الحرب فهي غنيمة فيها الخمس كسائر الغنائم، وكذلك إن أهدىٰ إلىٰ قائد من قواد المسلمين، وكذلك إن أهدىٰ إلىٰ رجل من الغانمين[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي له خاصة[٥].

لما روىٰ جابر أن رسول الله ﷺ قال: «هدايا الأمراء غلول»[٦]. ولا وجه له إلا أنهم ينفردون بها.

---

(١) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥١٨-٥١٩.

(٢) لم أقف علىٰ رأي الحنفية في هذه المسألة.

(٣) هذه إحدىٰ الروايات، والرواية الثانية أنه يخمس. انظر: المغني ١٣/ ١٦٧.

(٤) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٢٣-٢٢٤؛ والمغني ١٣/ ٢٠٠-٢٠١.

(٥) انظر: فتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ٣/ ٥٦٣، والفتاوىٰ الهندية ٢/ ٢٣٦.

(٦) رواه الإمام أحمد في مسند أبي حميد الساعدي (٢٣٦٦٢). المسند ٩/ ١٥٢-١٥٣، والبيهقي في أدب القاضي: باب لا يقبل منه هدية. السنن الكبرىٰ ١٠/ ١٣٨. وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٤٦.

ولأنه إنما يهدي إليه ملك الروم ليكف عن قتاله، فما يصل إليه من هذا الوجه فإنما يتعلق بظهور المسلمين وقوتهم، فيجب أن لا يختص به هو، ويكون فيئاً، مثل أن يصالح أهل حصن من الحصون على مال أنه يكون فيئاً، وكذلك هذا[١].

[٢٠١٦/٦٣] **مسألة:** إذا أسر العدو حراً مسلماً فاشتراه رجل مسلم منهم بغير إذن الأسير محتسبا بالثمن عليه كان له الرجوع عليه به[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: لايلزمه دفع الثمن إليه إذا لم يكن قد أذن له فيه[٣].

لما روي أن السائب بن الأقرع عامل عمر بن الخطاب كتب إليه في سبي العرب ورقيقهم، وقد كان التجار / اشتروه، فكتب إليه: وأيما حر اشتراه التجار، فأردد عليهم [٢٩٠] رؤوس أموالهم، فإن الحر لا يباع ولا يشترىٰ[٤]. فلولا أنه قد لزم لم يحكم به.

ولأنه إذا كان مأسوراً، وهو قادر علىٰ أن يفدي نفسه، فإنه يلزمه ذلك ويأثم بالمقام معه لقول النبي ﷺ: «أنا بريء من كل مسلم بين ظهراني المشركين، لا تراءا ناراهما»[٥]. وإذا كان قد وجب عليه ذلك فقد أسقط عنه ما وجب عليه، فوجب

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٢٠٠-٢٠١.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٨٠؛ والمغني ١٣/ ١٣٣-١٣٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥١٨؛ والذخيرة ٣/ ٣٨٩.

(٣) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ٢٠٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٨٥.

(٤) لم أقف عليه.

(٥) رواه اسعيد بن منصور في الجهاد: باب ما جاء في الأسير يدعىٰ إلىٰ الإسلام وغير ذلك (٢٦٦٣). السنن ٢/ ٢٩٢، وأبوداود في الجهاد: باب النهي عن قتل من اعتصم بالسجود، (٢٦٤٥)، السنن ٣/ ٤٥؛ والترمذي في السير: باب ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين (١٦٠٤) السنن ٤/ ١٥٥، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٣٠.

أن يجري مجرىٰ الإذن فيه، كمن أطلق الصيد من يد المحرم، ورد العين المغصوبة علىٰ صاحبها، فإنه يقع موقعها، كذلك هاهنا.

[٢٠١٧/٦٤] **مسألة:** إذا تعين فرض الجهاد علىٰ أهل بلد وكان علىٰ مسافة تقصر فيها الصلاة، فمن شرط وجوبه الزاد والراحلة، كالحج(١).

خلافاً لمالك في قوله: لا يعتبر في وجوبه الراحلة(٢).

دليلنا قوله تعالىٰ: ﴿ **وَلا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَّأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَنًا أَلاَّ يَجِدُوا مَا يُنفِقُونَ** ﴾(٣).

ولأن كل من لا يمكنه الجهاد إلا بقطع مسافة تقصر فيها الصلاة، فإذا لم يكن واجداً للزاد والراحلة لم يلزمه فرض الجهاد، دليله: من لا صنعة له ولا يحسن السؤال.

[٢٠١٨/٦٥] **مسألة:** إذا سرق من الغنيمة من له فيها حق فلا قطع عليه، ولكنه يعاقب بأن يحرق رحله الذي معه في غزاته إلا المصحف وما كان فيه روح، كالحيوان، أو كان جنة للقتال، كالسلاح(٤).

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يجوز [حرق](٥) شيء من رحله(٦).

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٩-١٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٥٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤١٢.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٠.

(٣) التوبة (٩٢).

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٨٥؛ والمغني ١٣/ ١٦٨-١٧٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٣٧.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) منهم أبو حنيفة، و مالك، والليث بن سعد، والشافعي. انظر: مختصر اختلاف الفقهاء ٣/ ٤٧٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٠٧؛ والمغني ١٣/ ١٦٨.

لما روىٰ عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ [أنه][1] قال: «من وجدتموه قد غل[2] فاحرقوا متاعه»[3].

وروىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ وأبابكر، وعمر حرقوا متاع الغال، وضربوه، ومنعوه سهمه»[4].

وروىٰ ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من وجدتم في متاعه غلولاً فاحرقوا متاعه واضربوه، فوجد فيه مصحفاً فقال لي: بعه وتصدق به»[5].

ولأن الغنائم في العادة قبل قسمتها تسبق اليد إليها ويتسارع الناس إلىٰ أخذها، لأنها في غير حرز، فقد سقط القطع، فجاز أن يغلظ عليه في إتلاف شيء من ماله

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) الغال: هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة، فلا يطلع الإمام عليه، ولا يضعه مع الغنيمة. انظر: المغني ١٣/ ١٦٨.

(٣) رواه سعيد بن منصور في الجهاد: باب ما جا في عقوبة من غل، (٢٧٢٩) ٢/ ٣١٥، وأبوداود في الجهاد: باب عقوبة الغال، (٢٧١٣). ٣/ ٦٩، وابن أبي شيبة في الجهاد: الرجل يوجد عنده الغلول، (١٥٣٨٩) المصنف ١٢/ ٤٩٦-٤٩٧، والحاكم في الجهاد، (٢٥١٤/ ٢٠٩). المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ١٣٨-١٣٩، والبيهقي في السير: باب لا يقطع من غل في الغنيمة ولا يحرق متاعه ومن قال يحرق. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ١٠٣، وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص ٢٦٥.

(٤) رواه أبو داود في الجهاد: باب في عقوبة الغال، (٢٧١٤) ٣/ ٦٩، والحاكم في الجهاد، (٢٥٩١أ/ ١٧أ). المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ١٤٢، وابن الجارود في باب ما جاء في تحريق متاع الغال وعقوبته، (١٠٨٢). المنتقىٰ ص ٢٧٢، والبيهقي في السير: باب لا يقطع من غل في الغنيمة ولا يحرق متاعه ومن قال يحرق. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ١٠٢، وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص ٢٦٥.

(٥) رواه سعيد بن منصور في الجهاد: باب ما جاء في عقوبة من غل، (٢٧٢٩). ٢/ ٣١٥، وأبوداود في الجهاد: باب في عقوبة الغال، (٢٧١٣). ٣/ ٦٩، والبيهقي في السير: باب لا يقطع من غل في الغنيمة ولا يحرق متاعه ومن قال يحرق. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ١٠٣، وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص ٢٦٥.

ليكون ردعاً وزجراً، ويفارق سائر المواضع التي يسقط القطع بسرقتها أنه لا يغلظ عليه بذلك، لأن ذلك محرزة باليد إليها، فجاز أن لا يعاقب بإتلاف شيء من ماله.

[٢٠١٩/٦٦] **مسألة:** مال الفيء لا يخمس وجميعه (في)[١] المصالح، وهو ما أخذ من مشرك بحق الكفر بغير قتال، كالجزية المأخوذة عن الرؤوس، والأرض باسم الخراج، وماتركوه فزعاً وهربوا، / ومال المرتد إذا قتل في ردته، ومال من[٢٩١] مات منهم ولا وارث له، وما يؤخذ منهم من العشر إذا اطلقوا في بلاد المسلمين، وما صولحوا عليه[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: مال الفيء يخمس كما تخمس الغنيمة، وهو تخميس جميعه، (أما)[٣] تخميس ما تركوه فزعاً وهربوا على أنه قال في الجزية: يخمس جميعه، وقال في القديم: لا يخمس ما تركوه فزعاً وهربوا مثل أموال بني النضير[٤].

لما روي أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر[٥][٦]، ونصارى

---

(١) في المخطوط (من).

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥١٤-٥١٥؛ والذخيرة ٣/ ٤٣٢.

(٣) في المخطوط (أم).

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٦.

(٥) هجر: مدينة كبيرة وهي قاعدة البحرين كثيرة النخيل بينها وبين اليمامة عشرة أيام، وبينها وبين البصرة خمسة عشر يوماً على الإبل، وتعرف الآن بالأحساء في شرق المملكة بينها وبين الرياض قرابة أربعمائة كيلو. انظر: معجم البلدان ٥/ ٣٩٣، وأخبار الدول ص ٣٩٣.

(٦) رواه البخاري في الجزية والموادعة. (٣١٥٧). صحيح البخاري ٢/ ٤٠٦.

نجران[١][٢]، ويهود أيلة[٣][٤]، وأمر معاذاً بأخذها من أهل اليمن[٥] ووضعها عمر على أهل[٦] السواد[٧]، والشام[٨]، ووضعت في بيت المال، ولم تخمس.

---

(١) نجران مدينة في جنوب المملكة بناها نجران بن زيدان بن سباب بن يشخب بن يعرب بن قحطان، وكان فتحها في زمان النبي ﷺ في سنة عشر صلحاً على الفيء وعلى أن يقاسموا العشر ونصف العشر. انظر: معجم البلدان ٥/ ٢٦٦-٢٦٩؛ وأخبار الدول ص ٣٩٠-٣٩١.

(٢) أورد ابن زنجويه قبول النبي ﷺ الجزية من أهل نجران، نقلاً عن أبي عبيد. انظر: كتاب الأموال لابن زنجويه ١/ ١٢٩.

(٣) أيلَة: مدينة على القلزُم -الأحمر- من بلاد الشام، آخر الحجاز، وهو موضع مدينة العقبة الأردنية اليوم. انظر: معجم البلدان ١/ ٢٩٢؛ وأطلس التاريخ الإسلامي ص١٥، ٣٣.

(٤) أورد ابن زنجويه أداء أهل أيلة الجزية للنبي ﷺ نقلاً عن أبي عبيد. انظر: كتاب الأموال لابن زنجويه ١/ ٢٨٠. وقد روى عبدالرزاق أخذه صلى الله عليه وسلم للجزية من أهل أيلة في كتاب أهل الكتاب: الجزية، من طريق الأسلمي عن أبي الحويرث، (١٠٠٩٢). المصنف ٦/ ٨٦، والبيهقي في الجزية: باب كم الجزية، من طريق الربيع بن سليمان، أنبا الشافعي، أنبا إبراهيم بن محمد، عن أبي الحويرث، عن النبي ﷺ. وفي السند عبدالرحمن بن معاوية بن الحويرث قال عنه ابن حجر: صدوق سيء الحفظ. انظر: تقريب التهذيب ١/ ٤٩٨، وكذلك هذا الحديث مرسل لأن أبا الحويرث لم يدرك النبي ﷺ.

(٥) رواه أبوداود في الخراج والإمارة الفيء: باب في أخذ الجزية، (٣٠٣٨). سنن أبي داود ٣/ ١٦٧. تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد. نشر دار الفكر، وابن أبي شيبة في الجهاد: ما قالوا في وضع الجزية والقتال عليها، (١٢٦٨١)، (١٢٦٨٤). المصنف ١٢/ ٢٣٩-٢٤٠، وابن الجارود في المنتقى ص ٢٧٨، (١١٠٤)، والبيهقي في الجزية: باب كم الجزية. السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ١٩٣، وأبوعبيد في الأموال ص ٣٢، (٦٥)، وابن زنجوية في كتاب الأموال ١/ ١٢٥، (١٠٥).

(٦) المراد بأهل السواد: سواد العراق. انظر: تهذيب الاسماء واللغات ٣/ ١٦٠.

(٧) رواه ابن زنجويه في الأموال: باب فرض الجزية ومبلغها (١٥٧) من طريق أبي نعيم، ثنا مندل، عن الشيباني، عن أبي عون، عن المغيرة بن شعبة فذكره. وهذا الإسناد ضعيف لأن فيه مندل بن علي العنزي ضعيف. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٢٧٤، وأما الشيباني فهو سليمان بن أبي سليمان. ثقة. وأبوعوف هو محمد بن عبيد الله الثقفي. ثقه.

(٨) رواه عبد الرزاق في كتاب أهل الكتاب: الجزية، (١٠٠٩٦) من طريق معمر، عن أيوب، عن نافع، عن أسلم مولى عمر. المصنف ٦/ ٨٨، وابن زنجوية في الأموال: باب فرض الجزية ومبلغها، (١٥٥) من طريق سليمان بن حرب، عن حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن أسلم. فذكره. والإسنادان صحيحان.

فمن قال تخمس خالف السنة والإجماع، وإذا ثبت أن الجزية لا تخمس قسنا (عليها)[١] بقية أموال الفيء بعلة أنه مال صار إلينا من المشركين بغير قتال جعل قسمته إلى الإمام، وفيه احتراز من الغنيمة، والركاز[٢].

[٢٠٢٠/٦٧] **مسألة:** مال الفيء لم يكن ملكاً للنبي ﷺ، لأن أحمد جعله للمصالح، فقال: الفيء ما صولح عليه من دية وجراح، لكل المسلمين فيه حق، الغني والفقير، ولو كان له لجعله بعد موته لأهل الديوان كما جعل سهمه من خمس الغنيمة لأهل الديوان[٣].

[خلافاً للشافعي في قوله: الفيء ملك لرسول الله ﷺ][٤]. [٥]

لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَالِيَ مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم»[٦]. وهذا يمنع أن يكون له أربعة أخماسه وقوله: «إلا الخمس» المراد به: السهم الذي يأخذه من مال الفيء لمصالحه جعله مردوداً عليه، إلا أنه تخميس في الحقيقة، ولايصح حمله على الغنيمة وأنه ليس له فيها إلا الخمس، لأن الفيء

(١) في المخطوط (عليه).

(٢) الركاز: كنوز الجاهلية المدفونة في الأرض. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٢/ ٢٥٨.

(٣) انظر: التمام ٢/ ٢٢٤-٢٢٥؛ والإنصاف ٤/ ١٩٩.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: المهذب للشيرازي ٢/ ٢٤٨.

(٦) رواه أبوداود في الجهاد: باب في الإمام يستأثر بشيء من الفيء لنفسه، (٢٧٥٥). ٣/ ٨٢، وعبدالرزاق في الجهاد: باب الغلول، (٩٤٩٨). مصنف عبدالرزاق ٥/ ٢٤٣-٢٤٤، وابن الجارود في باب ما جاء في التغليظ على الغال، وفي أين يوضع الخمس، (١٠٨٠). المنتقى ص ٢٧١، والنسائي في الخمس، (٤٤٤٠/ ٦)، (٤٤٤١/ ٧). سنن النسائي الكبرى ٣/ ٤٦٤٥، والبيهقي في السير: باب لا يقطع من غل في الغنيمة ولا يحرق متاعه ومن قال يحرق. السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ١٠٢، وقد صحح الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٧٣.

عبارة عن الرجوع، ومنه سمى الله تعالى وطء المؤمن فيئاً[(١)]، ويقال: فاء الظل إذا رجع[(٢)]، والغنيمة هي المأخوذة قهراً، فأما الذي يرجع إلينا، فهو ما وصل بغير فعلنا، ولأنه مال مأخوذ بظهر المسلمين فلا يستحق النبي ﷺ أربعة أخماسه، كالغنيمة.

[٢٠٢١/٦٨] **مسألة:** النفل[(٣)] مقدر الأكثر فلا يجوز للإمام أن ينفل في البداءة زيادة على الربع، وفي الرجعة زيادة على الثلث[(٤)].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يتقدر أكثره، وهو موكول إلى رأي الإمام واجتهاده[(٥)].

لأنه مال يستحق بالتحريض على القتال، فإذا[(٦)] لم يقف استحقاقه على وجود القتل بقدر الدية، دليله: سهم الفارس، والراجل والرضخ، ولايلزم عليه اجرة القتال والحمل، لأنه لا يستحق بالتحريض على القتال، ولايلزم عليه السلب، لأنه (يقف)[(٧)] استحقاقه على وجود القتل.

---

(١) في قوله تعالى ﴿ للذين يُؤْلون من نسائهم تربُّصُ أربعة أشْهرٍ فإن فاءُوا فإنَّ اللَّه غفورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

(٢) انظر: مختار الصحاح، مادة « فاء ».

(٣) النفل: زيادة تزاد على سهم الغازي. انظر: المغني ١٣/ ٥٣.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٥-١١٦٦؛ والمغني ١٣/ ٥٣-٥٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٤٧٠.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٤؛ وحلية العلماء ٧/ ٦٧٥-٦٧٦؛ وإعلاء السنن ١٢/ ٢٩٠؛ والذخيرة ٣/ ٤٢١.

(٦) هكذا بالمخطوط ويظهر أن هناك سقطاً في الكلام أو تحريفاً.

(٧) في المخطوط (لا يقف) والصحيح ما أثبت، لقوله ﷺ « من قتل قتيلاً فله سلبه ».

[**٢٠٢٢/٦٩**] **مسألة:** يجوز إخراج النفل من أربعة أخماس الغنيمة[١].

خلافاً للشافعي في قوله: يكون ذلك من خمس الخمس، وهو سهم المصالح[٢].

لما روي أن النبي ﷺ نفل الربع بعد الخمس / في بدأته، ونفل الثلث بعد [٢٩٢] الخمس في رجعته»[٣]. وهذا نص في أنه لم يكن النفل من خمس الخمس، لأنه قال: «نفل الربع بعد الخمس» فاقتضىٰ أنه بعد كمال الخمس.

ولأنه مال يستحق بالتحريض علىٰ القتال، فوجب أن يكون من أربعة أخماس الغنيمة، دليله: سهم الفارس. والراجل.

ولأن النفل مستحق لمصلحة الغنيمة، كاجرة الحمال، والحافظ، ثم ثبت أن هذه الأجرة من مال الغنيمة لا من خمس الخمس، كذلك النفل.

[**٢٠٢٣/٧٠**] **مسألة:** (ما)[٤] فضل من مال الفيء عن المصالح، فإنه

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٦٥؛ والمغني ١٣/ ٥٣.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٣؛ واللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٧٧٢.

(٣) رواه أبوداود في الجهاد: باب فيمن قال: الخمس قبل النفل، (٢٧٥٠) ٣/ ٨٠، والحاكم في قسم الفيء، (٢٥٩٨/ ١٤). المستدرك علىٰ الصحيحين ٢/ ١٤٥، وابن ماجة في الجهاد: باب النفل، (٢٨٥٢). ٢/ ٩٥١، وعبدالرزاق في الجهاد: باب النفل، (٩٣٣٤). المصنف ٥/ ١٩٠، وسعيد بن منصور في الجهاد: باب النفل والسلب في الغزو والجهاد، (٢٧٠٢) ٢/ ٣٠٧، وابن الجارود في باب نفل السرايا بعد الخمس بعد ما أصابوا، (١٠٧٩). المنتقىٰ ص ٢٧١. وأبوعبيد في الأموال ص ٣٢٥، (٨٠٠)، وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن ابن ماجة ص ٢٣٠.

(٤) ساقط من المخطوط.

يشترك فيه الغني الذي لا مصلحة فيه والفقير[١].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: لا يجوز صرف ما يفضل إلا في مصلحة، ثم اختلفوا فقال بعضهم: يفرق الفضل على أهل الفيء، لأن المال في المصالح، وقال بعضهم: في الكراع، والسلاح[٢].

لما روى الزهري في حديث عمر حين دخل عليه العباس وعلي يختصمان فذكر غير الأموال، ثم قال هذه الآية ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ... لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِّنَ (اللَّهِ)[٣] ... وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالإِيمَانَ مِن قَبْلِهِمْ... وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾[٤] فاستوعبت هذه الآيات الناس فلم يبق أحد من المسلمين إلا له فيها حق أو حظ إلا بعض من يملكون من أرقائكم»[٥]. وظاهر هذا أنه يشترك في أخذه جماعة، لأنه احتج بالآية واستثنى الغنيمة، ويختص به جماعة الغانمين لأن الفزع حصل بهم، كذلك هاهنا الفزع حصل لجماعة المسلمين، فوجب أن يكون لجماعتهم الأغنياء والفقراء، كما كان

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ١١٥؛ والذخيرة ٣/ ٤٣٢.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٦.

(٣) في المخطوط (ربهم) وهذا خطأ.

(٤) الحشر أجزاء من الآيات (٧-١٠).

(٥) رواه النسائي في الخمس تفريق الخمس وخمس الخمس، (٤٤٥٠/ ١). السنن الكبرى للنسائي ٣/ ٤٩-٥٠، وأبوعبيد في الأموال ص٢١-٢٢ (٤١)، والبيهقي في قسم الفيء والغنيمة: باب ما جاء في قول أمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - ما من أحد من المسلمين إلا له حق في هذا المال. السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٣٥٢، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٨٣.

سهام الغنيمة لجماعتهم.

ولامعنىٰ لقولهم: إن ذلك يحصل بمن ربطوا أنفسهم للجهاد، لأنه يحصل بهم وبغيرهم. لأن المسلمين ظهر لهم، ومدد لهم، والذي يبين صحة هذا وأن حق جماعتهم ثابت فيه: أن لا منفعة للمسلمين فيه لو سرق من بيت المال لم يقطع، فلو أن[1] له فيه حق لقطع كما يقطع الذي إذا سرق منه.

[٢٠٢٤/٧١] **مسألة:** خمس الغنيمة يقسم علىٰ خمسة، سهم للنبي ﷺ وسهم لبني هاشم، وسهم لليتامىٰ، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل[2]. [3]

خلافاً لمالك في قوله: لا يستحقه واحد بعينه، والنظر فيه إلىٰ اجتهاد الإمام[4].

لقوله تعالىٰ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ...﴾[5] الآية، وعن ابن عباس أن الخمس كان يقسم علىٰ عهد رسول الله ﷺ علىٰ خمسة أسهم»[6].

[٢٠٢٥/٧٢] **مسألة:** سهم الرسول ﷺ من خمس الغنيمة لم يسقط

---

(١) هكذا بالمخطوط ولعل صحة العبارة: فلو لم يكن له فيه حق لقطع . . . .

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه١/ ٥٠٣؛ وتكملة المجموع ١٩/ ٣٥٤.

(٣) مذهب الحنفية أن الخمس يقسم علىٰ ثلاثة أسهم: سهم لليتامىٰ، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٢ـ٣٠٣.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤١٢؛ والذخيرة ٣/ ٤٣١.

(٥) الأنفال «٤١».

(٦) رواه أبو عبيد في الأموال ١/ ٣٧: باب صنوف الأموال التي يليها الأئمة للرعية. من طريق عبدالله بن صالح، عن معاوية بن صالح، عن أبي طلحة، عن ابن عباس.

بموته ﷺ.[١]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: قد سقط[٢].

لما روي عن النبي ﷺ قال: «مَالِيَ مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم»[٣]. وعنده قد سقط.

ولأنه صنف من أهل الخمس له سهم، فوجب / أن يكون سهمه على التأبيد، [٢٩٣] كاليتامى، والمساكين، وابن السبيل.

[٢٠٢٦/٧٣] **مسألة:** له[٤] صرفه إلى أهل الديوان، وهم الذين نصبوا أنفسهم للقتال، وانفردوا في الثغور يقسم على قدر كفاياتهم[٥].

خلافاً للشافعي في قوله: يصرف في المصالح، وهو اختيار الخرقي[٦].

لأنه لما كان هذا السهم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم للنبي، لأن الرعب منه[٧]، والفزع منه، وجب أن يكون بعده الرعب منه والفزع

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٠٣؛ والذخيرة ٣/ ٤٣١؛ وتفسير الماوردي ٢/ ٣٢٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٦٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أي للإمام صرف سهم الرسول ﷺ من خمس الغنيمة.

(٥) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٢٥؛ والإنصاف ٤/ ١٦٦-١٦٧.

(٦) انظر: المهذب للشيرازي ٢/ ٢٤٧؛ وحلية العلماء ٧/ ٦٨٨؛ وكتاب التمام للقاضي أبي الحسين الحنبلي ٢/ ٢٢٦.

(٧) الرعب: الخوف. انظر: مختار الصحاح، مادة «رعب».

منه، والفزع إنما يحصل بأهل الديوان.

[٢٠٢٧/٧٤] **مسألة:** سهم ذوي القربىٰ يستحق بالقرابة، ويستوي فيه الغني والفقير[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو جميعه (للفقير)[٢] لا بالقرابة[٣].[٤]

لما روي أن جبير بن مطعم، وعثمان بن عفان كلما رسول الله ﷺ فيما قسم من خمس خيبر بين بني هاشم وبين بني المطلب فقال: يارسول الله قسمت لإخواننا بني المطلب وعبد مناف ولم تعطنا شيئاً وقرابتنا مثل قرابتهم. فقال رسول الله ﷺ: «إنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام»[٥] وقسمه في بني هاشم وبني المطلب، ولم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل[٦].

[ ][٧] علىٰ النبي ﷺ تستحق بالقراية ولم ينكر عليهم ذلك بل أقرهم، واعتد في ذلك أن لهم مزية.

ولأن عثمان كان من أغنياء قريش ولم يقل له النبي ﷺ إنما هذا للفقراء منكم.

---

(١) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٠٤.

(٢) في المخطوط (بالفقير).

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٤٠؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٤٦٣.

(٤) مذهب المالكية في هذه المسألة: أن سهم ذوي القربىٰ يعطي بالاجتهاد. انظر: الذخيرة ٣/ ٤٣١-٤٣٢.

(٥) رواه البخاري في فرض الخمس: باب ومن الدليل علىٰ أن الخمس للإمام، وأنه يعطىٰ بعض قرابته دون بعض (٣١٤٠)، وفي المناقب: باب مناقب قريش، (٣٥٠٢). صحيح البخاري ٢/ ٤٠٠و٢/ ٥٠٤.

(٦) يلتقي بنو عبد شمس وبنو نوفل مع النبي ﷺ في عبد مناف.

(٧) كلمة لم أستطع قراءتها (معرانا).

ولأن قرابة النبي ﷺ حرموا الصدقات وجعل لهم بإزائه خمس الخمس، بدليل: قول النبي ﷺ: «أليس في خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس»[١]. فإذا كان استحقاق الخمس في مقابلة حرمان الصدقات، ثم حرمانها في جميع الأوقات، كذلك استحقاق الخمس.

[٢٠٢٨/٧٥] **مسألة:** ويفضل الذكر فيه على الأنثى[٢].

خلافاً لأبي حنيفة[٣].

لأنه مال مستحق بالقرابة شرعاً بما ذكرنا من الأصل وجب تفضيل الذكر فيه على الأنثى، كميراث الأخوة والأخوات، ولا يلزم عليه سهم اليتامى لأنه غير مستحق بالقرابة، ولا يلزم عليه إذا أوصى لقرابة فلان بثلثه أنها سواء، لأن ذلك استحقاق بغير الشرع، وإنما هو بالرحم.

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير. (١١٠٧٠)، وفي سنده حسين بن قيس، الملقب بحنش قال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/ ٩١: فيه كلام كثير وقد وثقه أبو محصن».

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٠٤.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٢٧.

كتاب الجزية[1]

[٢٠٢٩/١] **مسألة:** ولا تقبل الجزية إلا ممن له كتاب، كاليهود والنصارىٰ، أو شبهة كتاب، كالمجوس، فأما عبدة الأوثان، فلا تقبل منهم العرب منهم والعجم[2].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: تؤخذ من عبدة الأوثان من العجم دون العرب[3].

لأن من لم تقبل منه الجزية إذا كان عربياً لم تقبل منه إذا كان أعجمياً، كالمرتد، وعكسه أهل الكتاب لما قبلت من العربي قبلت من الأعجمي.

ولأنه ممن ليس له كتاب ولا شبهة كتاب، فوجب أن لا تقبل منه الجزية، /[٩٤] كالمرتد، والعربي، والوثني.

(١) الجزية: مأخوذة من المجازاة، وقيل: من الجزاء، بمعنىٰ القضاء، وجمعها: جزئ، جزي، وجزاء. انظر: القاموس المحيط، والمصباح المنير مادة «جزىٰ».

وشرعاً: هي مال يؤخذ من الكافر الكتابي أو من له شبهة كتاب لإقامته بدار الإسلام في كل عام علىٰ وجه الصغار، بدلاً عن قتلهم وإقامتهم بدارنا. انظر: المغني ١٣/ ٢٠٢؛ والمبدع ٣/ ٤٠٤.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وهو ظاهر المذهب عند المالكية، وبه قال الشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٠؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٩١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٦٧؛ والذخيرة ٣/ ٤٥١؛ وروضة الطالبين ٧/ ٩٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٥٣؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٧١؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٠.

ولأن الجزية عقوبة تتعلق بالكفر، فاستوىٰ فيها العرب والعجم، كالقتل[١].

[٢٠٣٠/٢] **مسألة:** المجوس ليسوا من أهل الكتاب[٢].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه[٣].

لأنه لا تؤكل ذبيحتهم، ولا تجوز مناكحتهم وجب أن لا يكونوا أهل كتاب، كعبدة الأوثان، وقد دل علىٰ صحة الوصف: ما روىٰ عن ﷺ وسلم أنه كتب إلىٰ مجوس هجر يدعوهم إلىٰ الإسلام، فمن أسلم قبل منه، ومن لا ضربت عليه الجزية، علىٰ أن لا تؤكل له ذبيحة ولا تنكح له امرأة»[٤].

[٢٠٣١/٣] **مسألة:** الجزية مقدرة الأقل والأكثر، فيؤخذ من الفقير المعتمل اثنا عشر درهماً، ومن المتوسط أربعة وعشرون، ومن الموسر ثمانية وأربعون[٥].

خلافاً للشافعي في قوله: يؤخذ من كل حالم دينار الفقير والمتوسط والغني في ذلك سواء[٦].

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٥٩.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: منار السبيل ١/ ٢٩٨؛ والذخيرة ٣/ ٤٥١.

(٣) ورجحه النووي من الشافعية. انظر: المهذب ٥/ ٣١٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٤٩٤.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الجهاد: ما قالوا في المجوس تكون عليهم الجزية، (١٢٦٩١). المصنف ١٢/ ٢٤٢، والترمذي في السير: باب ما جاء في أخذ الجزية من المجوس، (١٥٨٦)، (١٥٨٧) ٤/ ١٤٦-١٤٧.

(٥) وبه قال الحنفية، وكثير من المالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨١؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١١٩١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٦٨؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٧؛ والذخيرة ٣/ ٤٥٣.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٧؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٠٠.

لما روي أن عمر بعث عثمان بن حنيف ـ يعني إلىٰ الكوفة ـ فوضع عليهم ثمانية وأربعين، وأربعة وعشرين، واثني عشر»[١]. وكان هذا بمحضر من الصحابة، وتوافر منهم، فلم يخالفه مخالف، ولاأنكره عليه منكر، ولا يجوز أن يقال: أخذ ذلك علىٰ وجه الصلح. لأن السواد فتح عنوة، ولأن الخراج علىٰ ضربين: خراج الرؤوس، وخراج الأرضين، وقد ثبت أن خراج الأرضين يختلف مقداره، بدليل: أن عمر وضع علىٰ كل جريب عامر[٢]، أو غامر درهماً وقفيزاً، وعلىٰ جريب الرطبة خمسة دراهم وخمسة أقفزة، وعلىٰ جريب الشجر عشرة دراهم وعشرة أقفزة[٣].

ولأن الجزية حق مال يجب بحول الحول، فاختلفت باختلاف اليسار، دليله: زكاة المال.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في الجهاد: ما قالوا في وضع الجزية والقتال عليها، (١٢٦٨٩). من طريق علي بن مسهر، عن الشيباني، عن أبي عون محمد بن عبدالله الثقفي موقوفاً علىٰ عمر، المصنف ١٢/ ٢٤١، والبيهقي في الجزية: باب الزيادة علىٰ الدينار بالصلح، من طريق ابن أبي شيبة. السنن الكبرىٰ ٩/ ١٩٦، وأبوعبيد في الأموال: ص ٤٤، (١٠٣). وإسناد هذا الأثر من طريق ابن أبي شيبة صحيح فجميع رواته ثقات.

(٢) الجريب العامر: هو مبذر الجريب من الأرض وهو المكيال، والمراد بالعامر المزروع، وأما الغامر فهو مالم يزرع مما يحتمل الزراعة من الأرض. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٣/ ٣٨٣، ومختار الصحاح مادة «جرب».

(٣) رواه أبوعبيد في الأموال: باب أرض العنوة تقر أيدي أهلها، ويوضع عليها الطسق، وهو الخراج، (١٧٤). من طريق أبي معاوية، عن الشيباني، عن محمد بن عبدالله الثقفي. الأموال ١/ ١٧٥. وهذا الإسناد صحيح.

وفيه احتراز من صدقة الفطر، لأنها لا تجب بحول الحول، وإنما تجب بطلوع الفجر [(١)]، بدليل: أنه لو ملك عبداً قبل طلوع الهلال بساعة، ثم طلع الهلال وجب أن يخرج عنه.

ولا معنىٰ لقولهم: إنها تجب للمال، فاختلفت باختلافه، والجزية تجب في مقابلة حقن الدم والإقرار علىٰ الكفر في الدار، فاستوىٰ فيه الموسر والمعسر، لأن الجزية تجب للمال أيضاً، ولهذا نقول: إن الفقير الذي ليس بمعتمل لا جزية عليه، لأنه لا مال [عنده][(٢)].

[**٢٠٣٢/٤**] **مسألة:** لا جزية علىٰ الفقير الذي ليس بمعتمل[(٣)].

خلافاً (للشافعي)[(٤)] في أحد قوليه: يحقن دمه بضمانها ويطلب منه إذا أيسر[(٥)].

لأن الخراج علىٰ ضربين: خراج الأرض، وخراج النفوس، ثم ثبت أن خراج الأرضين يعتبر فيه الماء لأن الأرض التي لا تطيق الخراج، أعني التي لا تصلح

---

(١) زكاة الفطر إنما تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان، فإذا ملك عبداً قبل الغروب فعليه الفطرة، وبعد الغروب لا يلزمه ذلك. انظر: المغني ٤/ ٢٩٨.

(٢) في المخطوط (فيه).

(٣) وبه قال أبوحنيفة، ومالك. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٧٣؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٧-٣٠٨؛ والتفريع ١/ ٣٦٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤١٣.

(٤) في المخطوط (لمالك) والصواب ما أثبت، انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤١٣؛ والتفريع ١/ ٣٦٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص٢٣٨.

(٥) هذا هو المذهب عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٢٣٨؛ ومغني المحتاج ٤/ ٢٤٦.

للزراعة لا يوضع عليها شيء، كذلك خراج / الرؤوس يجب أن يعتبر فيه الطاقة، [٢٩٥] والفقير الذي ليس بمعتمل غير مطيق، فيجب أن لا يوضع عليه شيء، بعلة أنه يؤخذ كل سنة مرة[١].

ولأنه مال يجب بحول الحول، فلا يجب على الفقير، دليله: الزكاة والدية، ولايلزم عليه صدقة الفطر، لأنها لا تجب بحول الحول.

[**٢٠٣٣/٥**] **مسألة**: إذا وجبت الجزية عليه فلم يؤدها حتى أسلم سقطت عنه[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا تسقط[٣].

لأن الجزية عقوبة وجبت بسبب الكفر فالإسلام يسقطها، كالقتل الواجب ابتداء قبل قبول الجزية.[٤] ولا يلزم عليه الاسترقاق، لأنه ليس بعقوبة[٥]، ألا ترى أن النساء والصبيان يسترقون، ومعلوم أنهم لا يستحقون العقوبة.

والدلالة على أنها عقوبة: أنها لا يجوز ابتداؤها في الإسلام، ولا تجب على من ليس من أهل العقوبة، وهم النساء والصبيان، ولو كانت تجب لأجل المساكنة

(١) انظر: المغني ١٣/ ٢١٩.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٧٥؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٨؛ والذخيرة ٣/ ٤٥٤.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٣٣٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٠١.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٣.

(٥) ما ذكره المؤلف فيه نظر، وذلك لأن الرق عقوبة.

لوجبت على النساء والصبيان، لأنهما لا يختلفان في العوض[(١)].

ولأن الجزية تؤخذ على وجه الصغار، بدليل قوله تعالى: ﴿**حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ**﴾[(٢)]. وبعد الإسلام لا يجري عليه الصغار.

[٢٠٣٤/٦] **مسألة:** فإن وجبت عليه الجزية ولم يؤدها حتى مات سقطت، كالإسلام[(٣)].

خلافاً للشافعي[(٤)].

لأن الجزية مأخوذة ممن هو من أهل القتال، بدليل قوله تعالى: ﴿**قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ**﴾ إلى قوله: ﴿**حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ**﴾[(٥)]، فأمر بقتال من لا يؤمن بالله واليوم الآخر، والميت ليس من أهل القتال، فيجب أن يخرج من أن يكون من أهل الجزية، كالنساء والصبيان، ولايجوز أن يقال إنها مأخوذة عما مضى من الزمان، وقد كان فيه من أهل القتال، كما لا يجوز أن يقال يقتل عما مضى من الزمان.

ولأنها مأخوذة على وجه الصغار وبعد الموت لا يجري عليه الصغار[(٦)].

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٢١٦.

(٢) التوبة (٢٩).

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٤؛ وتحفة الفقهاء ٣/ ٣٨٠؛ والذخيرة ٣/ ٤٥٤.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٨؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٠١.

(٥) التوبة (٢٩).

(٦) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٤.

[**٢٠٣٥/٧**] **مسألة:** الجزية تجب في آخر السنة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تجب في أول السنة، وله المطالبة بها بعد عقد الذمة[٢].

لأنه مال يتكرر بتكرر الحول، أو مال يؤخذ في كل حول، فوجب أن يؤخذ بمضي الحول لا أوله، دليله: الزكاة، والدية على العاقلة[٣]، ولا يلزم عليه صدقة الفطر، لأن حولها لا يتكرر بالحول، وإنما تؤخذ بتكرر الهلال.

[**٢٠٣٦/٨**] **مسألة:** إذا دخلت سنة في سنة لم تسقط جزية السنة الماضية، ووجب عليه جزية سنتين[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تسقط جزية السنة الماضية، وتجب جزية واحدة[٥][٦].

لأنه مال يتكرر بتكرر الحول، أو مال يجب في كل حول، فوجب أن لا يتداخل، أصله: الزكاة، والدية على العاقلة[٧].

---

(١) وبه قال الشافعي، وقال صاحب الذخيرة المالكي ٣/ ٤٥٤: « ليس عن مالك نصاً في وقت وجوبها ». انظر: المغني ١٣/ ٢١٢؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص٢٣٧.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٤/ ١٣٧.

(٣) انظر: المغني ٢١٣.

(٤) وبه قال الشافعي. انظر: المغني ١٣/ ٢٢٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص٢٣٨.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٥٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٧٢.

(٦) وقال أبو الوليد المالكي: « إذا اجتمعت عليه سنون إن كان غنياً أخذت منه عن جميع السنوات، وإن كان فقيراً فلا تؤخذ منه، لأن الفقير لا جزية عليه ». انظر: الذخيرة ٣/ ٤٥٤.

(٧) انظر: المغني ١٣/ ٢٢٣.

[٢٠٣٧/٩] **مسألة:** إذا حصل المسلم أسيراً في أيدي أهل الحرب، فاطلقوه بشرط أن يقيم عندهم ولا ينصرف لزمه هذا الشرط، وكذلك إن شرطوا عليه الفداءَ، / [٢٩٧] وقالوا: أطلقناك لتنصرف إلىٰ دار الإسلام علىٰ أن تبعث إلينا كذا، فإن قبلت وإلا رجعت، فإذا انصرف إلىٰ هذا الشرط لزمه الوفاء بشرطين: الوفاء بالفدىٰ، أو الرجوع، وكذلك إذا شرط الإمام في عقد الهدنة أن يرد من جاءه من الرجال مسلماً[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يلزمه الوفاء بشيء من ذلك إلا في رد من جاء مسلماً، فإنه إن كان له رهط وعشيرة جاز رده، وإن لم يكن له لم يرده[٢].

لما روي عن النبي ﷺ أنه صالحهم عام الحديبية علىٰ رد من جاء منهم مسلماً[٣]، رُدَّ أبو جندل[٤] وأبو بصير[٥]».

ولا يجوز دعوىٰ النسخ في ذلك، لأن النسخ إنما حصل في رد النساء بقوله

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/١١٨٧؛ وشرح الزركشي ٦/٥٥٠.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧/٥٢٩.

(٣) رواه مسلم في الجهاد والسير: باب صلح الحديبية في الحديبية (١٧٨٤) (٩٣). صحيح مسلم ٣/١٤١١.

(٤) هو: أبو جندل بن سهيل بن عمروا القرشي العامري، أسلم بمكة، فقيده أبوه، فأتىٰ إلىٰ رسول الله ﷺ في الحديبية، وهو مقيد، فرده الرسول صلى الله عليه وسلم إلىٰ أبيه وفاء بالصلح الذي وقعه رسول الله ﷺ مع سهيل بن عمرو عن أهل مكة، وفيه: «أن من جاء إلى الرسول ﷺ من المشركين يرده عليهم». ثم أفلت أبوجندل بعد ذلك ولحق بأبي بصير يقطعون الطريق علىٰ أهل مكة إلىٰ أن طلبت قريش من الرسول ﷺ أن يؤويهم إليه فآواهم. استشهد في اليمامة. انظر: الإصابة ٤/٣٧.

(٥) اختلف في اسمه فقيل: عبيد بن أسيد بن جارية، وقيل: اسمه عتبة بن أسيد بن جارية بن أسيد، وقيل: هو رجل من قريش، وقيل: هو ثقفي، لحق بالرسول ﷺ في المدينة مسلماً بعد صلح الحديبية، فأرسلت قريش في طلبه رجلين، فرده رسول الله ﷺ إليهما، فقتل أبوبصير أحدهما، وفر الآخر، ثم لحق بسيف البحر، وتجمع إليه طائفة ممن أسلم بعد الحديبية، منهم أبوجندل، وأخذوا يقطعون الطريق علىٰ قريش، حتى طلبت من رسول = = الله ﷺ أن يؤويهم، فطلبهم، وقد مات أبوبصير وأبوجند يقرأ كتاب رسول الله ﷺ في طلبهم واللحاق به، فدفنه أبوجند مكانه، انظر: الإصابة ٤/٢١.

تعالى: ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ﴾[١] ولم يرد النسخ في رد الرجال فبقى على أصله.

وروي أن حذيفة بن اليمان أسره المشركون يوم بدر، فأرادوا قتله، ثم أخذوا عليه أن لا يعين محمداً عليهم، فأتى النبي ﷺ فقال: «نفي لهم ونستعين بالله عليهم»[٢]، وفي لفظ آخر: فأعطونا عهد الله وميثاقه لتنصرفوا إلى المدينة فلا تقاتلونا فأعطيناهم عهد الله وميثاقه (لننصرف)[٣] إلى المدينة، قال: فأتينا رسول النبي - ﷺ - فأخبرناه بذلك. فقال: «نستعين بالله عليهم، ونفى لهم بعهدهم، ارجعا إلى المدينة، قال: فذلك الذي تبعنا».

ولأن في رد الفداء مصلحة للأسير، وفي منعه مفسدة عليهم، لأنه لا يطلق من بعده غيره، وفي الوفاء مصلحة أنه يطلق الأسير، فيلحق بدار الإسلام (وتتحرر)[٤] فكاك رقبته.

ولأنه لا يمتنع الوفاء لهم بهذا الشرط وإن كان فاسداً، كما وجب الوفاء لهم بأمان الصبي وإن كان أماناً فاسداً، لأن الكافر يكون في الأمان، ولأن أكثر ما في ذلك أنه بدل يملكه في مقابلة حر، وهذا غير ممتنع كالإمام عليه أن يفدي الإنسان بالمال، وإن كان بذله المال في مقابلة حر.

[٢٠٣٨/١٠] **مسألة:** إذا صالح الإمام أهل الحرب وشرط في الصلح أن

---

(١) الممتحنة (١٠).

(٢) رواه مسلم في الجهاد والسير: باب الوفاء بالعهد (١٧٨٧) (٩٨). صحيح مسلم ٣/ ١٤١٤.

(٣) في المخطوط (لتنصرفوا).

(٤) في المخطوط (وتنحر).

من جاء إلينا مسلماً رددناه، فجاءت امرأة منهم مسلمة لم يجب (علينا)[١] ردها، ولا رد مهرها[٢].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يجب رد المهر[٣].

لأنه لا يجب ردها فلا يجب رد مهرها، دليله: إذا لم يشترط، وعكسه صلح الحديبية لما وجب ردها وجب رد مهرها.

ولأن هذا الشرط لا يخلو: إما أن يكون ليرده[٤] الإمام من بيت المال، أو من مال الزوج، فإن كان من بيت المال جاز، كما يجوز أن يصالحهم على أموال يسلمها إليهم من بيت المال، وإن كان من مال الزوج لم يجز، لأنه (لا مدخل للزوج)[٥] في عقد الصلح على مال الغير.

[٢٠٣٩/١١]/ **مسألة:** يؤخذ من نساء بني تغلب[٦] وصبيانهم ما يؤخذ من[٢٩٧] رجالهم[٧].

---

(١) في المخطوط (لها).

(٢) وبه قال المازري من المالكية. انظر: المغني ١٣/ ١٦٢؛ والذخيرة ٣/ ٤٤٩.

(٣) الأظهر عند الشافعية أنه لا يجب على الإمام رد المهر. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٠؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٢٤.

(٤) الضمير للمهر.

(٥) في المخطوط (لا دية للأخ) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٦) هم بنو تغلب بن وائل بن قاسط بن هنب بن أفضى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار. انظر: نسبهم في جمهرة أنساب العرب ص ٣٠٣.

(٧) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٨٠.

خلافاً لمالك، والشافعي في قولهما: لا يؤخذ منهما شيء[١] [٢].

لما روي أن عمر صالحهم على أن يضاعف عليهم الحقوق التي تؤخذ من أموال المسلمين[٣]. ومعلوم أنه يؤخذ من نساء المسلمين وصبيانهم ما يؤخذ من رجالهم[٤]، كذلك يجب أن يؤخذ من نسائهم وصبيانهم ما يؤخذ من رجالهم.

ولأن الجزية إذا كانت مأخوذة على طريق الصلح فإنه يستوي فيها حكم الرجال والنساء، يدل عليه: ما روي أن النبي ﷺ كتب إلى معاذ وهو باليمن في الحالم والحالمة دينار أو عدله من المعافري»[٥]. ومعلوم أن ذلك كان على وجه الصلح، كذلك ما يؤخذ من نصارى بني تغلب هو مأخوذ على طريق الصلح، فيجب أن يستوي فيه حكم الرجال والنساء، ولايلزم عليه الجزية، لأنها غير

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٧٩-٤٨٠. نشر مكتبة الرياض. الطبعة الأولى عام ١٣٩٨هـ؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٠٥.

(٢) مذهب الحنفية أن الجزية تشرع في حق المقاتلين من الرجال العقلاء، الأحرار، الأصحاء، دون النساء، والصبيان، والمجانين، والأرقاء. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٧.

(٣) رواه عبدالرزاق في أهل الكتاب: باب لا يهود ولود ولا ينصر. (٩٩٧٤) من طريق ابن جريج، عن أبي إسحاق الشيباني، عن كردوس التغلبي موقوفاً على عمر: المصنف ٦/ ٥٠، وأبوعبيد في الأموال، (٧١) ص ٣٣، والبيهقي في الجزية: باب نصارى العرب تضعف عليهم الصدقة. السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ٢١٦. وإسناد عبدالرزاق إسناد حسن، فرواته جميعاً ثقات إلا كردوس فمقبول.

(٤) هذا في زكاة المال.

(٥) رواه عبدالرزاق في أهل الكتاب: الجزية، (١٠٠٩). المصنف ٦/ ٨٩، وابن أبي شيبة في الجهاد: ما قالوا في وضع الجزية والقتال عليها، (١٢٦٨١)، (١٢٦٨٤) المصنف ١٢/ ٢٣٩-٢٤٠، وأبوعبيد في الأموال، (٦٥) ص ٣٢، وابن زنجويه في الأموال: باب أخذ الجزية من عرب أهل الكتاب، (١٠٥) ١/ ١٢٥، والترمذي في الزكاة: باب ماجاء في زكاة البقر، (٦٢٣) ٣/ ١١، وابن الجارود في المنتقى ص ٢٧٨، والبيهقي في الجزية: باب كم الجزية. السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ١٩٣. وقد صححه الألباني. انظر: صحيح سنن الترمذي ١/ ١٩٤.

مأخوذة على طريق الصلح، لأن الصلح ما اعتبر فيه رضا كل واحد من المتصالحين، والجزية لا يعتبر فيها ذلك، لأنهم لو تركوها لزم الإمام قبولها من طريق الشرع، ولا يعتبر رضاه في ذلك، بدليل قوله تعالىٰ: ﴿**قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ**﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿**حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ**﴾[1] فاقتضى أنهم إذا أعطوها لم يقاتلوا.

[١٢/٢٠٤٠] **مسألة:** إذامر الحربي على عاشر المسلمين بمال التجارة أخذ منه العشر وإن مر عليه الذمي أخذ منه نصف العشر[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كانوا يأخذون من تجارنا أخذنا منهم مثل ذلك، وإن لم يأخذوا منهم لم يأخذوا منهم العشر، وإن لم يبتعوا لم يؤخذ منهم[3].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يؤخذ منهم إلا أن يشترط عليهم ذلك[4].

لما روىٰ وائل بن خالد قال: قلت يارسول الله أعشر قومي. قال: «إنما العشور على اليهود والنصارىٰ»[5].

---

(١) التوبة (٢٩).

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٨٤.

(٣) انظر: الفتاوىٰ الهندية ١/ ١٨٤.

(٤) انظر: المهذب ٢/ ٢٥٩.

(٥) رواه أبوداود في الخراج والإمارة والفيء: باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات، (٣٠٤٨). سنن أبي داود ٣/ ١٦٦. وقد ضعف الألباني هذا الحديث. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص ٣٠٥.

وروىٰ أنس بن [مالك][1] قال: أمرني عمر أن آخذ من المسلمين ربع العشر [و][2] من أهل الذمة نصف العشر، وممن لا ذمة له العشر»[3].

ولأنه مال مأخوذ من كافر فلا يعتبر فعلهم فيه، أصله: الجزية، يبين صحة هذا وأنه لا اعتبار بفعلهم: أنهم لو كانوا ينهبون أموال المسلمين إذا دخلوا إليهم لم يجز لنا نحن أن ننهب أموالهم.

ولأن ما يؤخذ من أموال التجارات لا يحتاج إلىٰ شرط، دليله: ما يؤخذ من أموال المسلمين إذا كانت للتجارة.

[**٢٠٤١/١٣**] **مسألة**: إذا امتنع الذمي من بذل الجزية، ومن جواز أحكامنا عليهم إذا حكم عليهم حاكمنا صار ناقضاً للعهد[4].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ينتقض عهدهم بشيء من ذلك إلا أن يكون لهم منعة فيمتنعون علىٰ الإمام ويمنعون الجزية، فأما إذا امتنع الواحد منهم عن أداء الجزية لم يصر ناقضاً للعهد[5].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) رواه عبدالرزاق في أهل الكتاب: صدقة أهل الكتاب. من طريق معمر، عن أيوب، عن أنس بن سيرين، عن أنس بن مالك فذكره عن عمر. المصنف ٦/ ٩٥، والبيهقي في الجزية: باب ما يؤخذ من الذمي إذا أتجر في غير بلده والحربي إذا دخل بلاد الإسلام بأمان. من طريق سفيان، عن هشام بن حسان، عن أنس بن سيرين، عن مالك بن أنس ذكره عن عمر. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٢٠٩-٢١٠. والإسنادان صحيحان.

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ١/ ٥٣٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٩٥؛ والذخيرة ٣/ ٤٥٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥١٥.

(٥) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٣/ ٢٧٤-٢٧٥.

لأن كل / ما نقض وأوجد من العدد الكثير، وجب أن يكون نقضاً في العدد [٢٩٨] اليسير، أصله: خيانة أهل الذمة، فإنها لما كانت نقضاً للعهد إذا وجد من العدد الكثير كانت نقضاً للعهد إذا وجد من العدد اليسير[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إن أهل الهدنة[٢] إذا علموا بخيانة من كان منهم فسكتوا عن الإنكار عليه صاروا ناقضين للعهد[٣]. لأنهما سواء في العدد الكثير مع وجود هذا الفرق.

ولأن حقن الدم تعلق ببذل الجزية وجريان حكم الإسلام عليهم، فمن امتنع منه يجب أن يعود إلىٰ حالة الإباحة، كما [إذا][٤] امتنع المسلم من الشهادتين.

[٢٠٤٢/١٤] **مسألة:** إذا فعل ما يجب عليه تركه والكف (عما فيه)[٥] ضرر علىٰ المسلمين وآحادهم في مال أو نفس وهي ثمانية[٦] أشياء: الاجتماع علىٰ قتال المسلمين، وأن يزنىٰ بمسلمة، و يصبها باسم نكاح، ويفتن مسلماً عن دينه، ويقطع عليه الطريق، ويؤوي للمشركين عيناً ـ أعني ـ جاسوساً، ويعاون علىٰ المسلمين

---

(١) ذكر ابن قدامة في المغني ١٣/ ٢٥٠ أن نقض العهد يختص بالناقض دون غيره.

(٢) الهدنة: هي عقد إمام أو نائبه علىٰ ترك القتال مدة معلومة لازمة. انظر: المبدع ٣/ ٣٩٨.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٢٥٠.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) في المخطوط (عنه ما فيه).

(٦) هذه الأمور الثمانية لم يسردها المؤلف علىٰ نسق واحد صحيح. ففي الأول والثاني ذكر الاجتماع والزنىٰ ثم ذكر الباقي مسبوقاً بالنفي أن لا يفتن... ألخ. وهذا خطأ إما أن تكون كلها مسبوقة بالنفي أو يحذف، لهذا حذفت النفي.

بدلالة - أعني - يكاتب المشركين بأخبار المسلمين، ويقتل مسلماً ولا مسلمة[١] . [٢]

خلافاً للشافعي، والثانية: إن لم يكن مشروطاً في العقد لم ينتقض، وإن كان مشروطاً فعلى وجهين[٣] .

لما رُوِيَ عن علي أنه قال: إني تفرغت لبني تغلب لأقتلنَّ مقاتلهم، ولأسبينَّ ذراريهم، فقد نقضوا العهد، وبرئت منهم الذمة حين نصروا أولادهم»[٤] .

ولأنه فعل ما ينافي الأمان، وفيه ضرر، أشبه الاجتماع على قتال المسلمين[٥] .

[**٢٠٤٣/١٥**] **مسألة:** فإن فعل ما فيه إدخال غضاضة ونقص على الإسلام وهي ثلاثة[٦] أشياء: ذكر الله تعالى، وكتابه، ودينه، ورسوله بما لا يبيح [انتقض العهد][٧] [٨] .

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: إن لم يكن مشروطاً لم ينتقض، وإن كان مشروطاً فعلى وجهين، كالأشياء التي يجب تركها، ومنهم من قال: الحكم

---

(١) يظهر لي أن فيه سقطاً في الكلام، ولعله: فإذا فعل أحد هذه الأشياء الثمانية انتقض عهده.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٥-٣٨٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٥٩٦؛ والذخيرة ٣/ ٤٥٩.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٣٩٧.

(٤) لم أقف عليه.

(٥) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٥ .

(٦) هكذا بالمخطوط (ثلاثة) وبعدها وجدتها أربعة أشياء وليست ثلاثة.

(٧) زيادة لم تذكر بالمخطوط .

(٨) انظر: المقنع لابن قدامة ١/ ٥٣٤.

فيها كالحكم فيما يجب فعله[١].

لما روي عن ابن عمر أنه مر به راهب، فقيل له: هذا يسب رسول الله ﷺ. فقال ابن عمر: لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطهم الذمة على أن يسبوا نبينا عليه السلام»[٢].

ولأن للذمة معنى يحقن الدم بها، فوجب أن ينتقض بسبهم رسول الله ﷺ، أصله: الأيمان، بل الأمان[٣] آكد من عقد الذمة، ثم ثبت أنه يبطل بذلك فالآن أولى.

ولا معنى لقولهم: إن القول بالسب ينقض الإيمان، ولا ينقض الأمان. لأنا لا نسلم هذا، والخلاف في ذكر الله وفي ذكر النبي ﷺ سواء. نص عليه في رواية حنبل إذا ذكر سباً يعرض به الرب، وكذلك قال في رواية جعفر بن محمد في يهودي سمع المؤذن يؤذن فقال له: كذبت. يقتل، لأنه شتم[٤].

[٢٠٤٤/١٦] **مسألة:** / فإن نقض العهد بمخالفة شيء من هذه الشروط، فإنه [٢٩٩] لا يرد إلى مأمنه، والإمام فيه بالخيار بين القتل والاسترقاق[٥].

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٩.

(٢) لم أقف عليه، وقال الألباني في إرواء الغليل ٥/ ٩١: «لم أقف على سنده».

(٣) ذكر ابن قدامة في المغني ١٣/ ٢٥٠ ؛ أن عقد الذمة آكد من عقد الأمان، لأنه مؤبد.

(٤) لم أقف على قول الإمام أحمد.

(٥) وبه قال الشافعي في أحد قوليه، ورجحه النووي من الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٣٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥١٧.

خلافاً للشافعي في قوله: يرجع إلىٰ مأمنه[١].

لأنه عقد الذمة لنفسه علىٰ أن يكف عنا ونكف عنه، فإذا نقض العهد عاد بمعناه الأول فكأنه وجد لص حربي في دار الإسلام، ويفارق هذا إذا دخل إلينا بأمان صبي، لأنه غير مفرط، فلهذا بقىٰ أمانه، وهذا مفرط في نقض العهد، فلهذا زال أمانه[٢].

[**٢٠٤٥/١٧**] **مسألة:** في البيع والكنائس التي يجوز إقرارها علىٰ ما هي عليه إذا انهدم منها شيء، أو تشعث فأرادوا عمارته وتجديده لم يكن لهم ذلك[٣].

خلافاً لأكثرهم والثانية: يجوز[٤].

لما روىٰ عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ قال: «لا تبنىٰ كنيسة في الإسلام، ولا يجدد ما خرب منها»[٥]. وهذا نص.

ولأنه بناء لا يملك إخداثه، فلا يملك تجديده، كالبناء في أرض الغير بغير إذنه.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك البناء لا يملك استدامته، وهذا يملك. لأنه لو أعاره حائطاً فطرح خشبة عليه جاز له استدامة ذلك، فلو إاهدم الحائط فبناه صاحبه لم

---

(١) هذا أحد القولين للشافعي. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٣٩؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥١٧.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٣٩.

(٣) علىٰ هذا القول أكثر الحنابلة. انظر: المغني ١٣/ ٢٤١، ومقنع ابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٥٢٩.

(٤) منهم الحنفية، والشافعية. انظر: مختصر اختلاف الفقهاء ٣/ ٤٩٧، والمهذب ٢/ ٢٥٥، والمغني ١٣/ ٢٤١.

(٥) ذكره السيوطي في الجامع الكبير ١/ ٨٨٠. وعزاه إلىٰ الديلمي، وابن عساكر.

يملك المستعير تجديد المنفعة به[١].

ولأن الذمي لو ملك داراً من مسلم مستعلي البناء أقر علىٰ ذلك، فلو انهدمت فأراد إعادتها علىٰ رسمه القديم لم يملك ذلك[٢].

[٢٠٤٦/١٨] **مسألة**: يجوز مهادنة أهل الحرب أكثر من عشر سنين[٣].

خلافاً للشافعي، وأبي بكر من أصحابنا: لا يجوز أكثر من عشر سنين[٤].

لأن عقد الهدنة إنما جاز إذا رأىٰ الإمام في ذلك مصلحة، وقد تتفق المصالح في المدة اليسيرة والكثيرة، كسائر ما يراه الإمام، لأ[ن][٥] ما يشترط فيه الأجل لم يتقدر بهده المدة، كالآجال في الديون، والإجارات[٦].

---

(١) انظر: المغني ٧/ ٣٨.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٤٢.

(٣) وبه قال أبو حنيفة، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة. انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٢٨؛ والمغني ١٣/ ١٥٥؛ والإنصاف ٤/ ٢١٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٤٣٠.

(٤) انظر: كتاب التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٤٠؛ واللباب في فقه الشافعي ص٣٧٧؛ وكتاب التمام ٢/ ٢٢٨.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٢٩.

كتاب الصيد[1]

[٢٠٤٧/١] **مسألة:** لا يجوز الاصطياد بالكلب الأسود[2].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يجوز[3].

لأن الكلب الأسود مأمور بقتله، بدليل، ماروىٰ عن النبيﷺ أنه قال: «لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها، فاقتلوا منها الأسود البهيم[4]»[5]. فإذا كان مأمور بقتله حصل ممنوعاً من تعليمه وإمساكه، وإذا حصل ممنوعاً من التعليم صار وجوده كعدمه وجرىٰ مجرىٰ الصيد بكلب غير معلم.

ولأن إباحة الصيد تفتقر إلىٰ مُرسِل، وهو الآدمي، ومُرسَل وهو الكلب، ثم

---

(١) الصيد: لغة مصدر صاد يصيد صيداً، ثم أطلق الصيد على المصيد، إما أنه فعل بمعنىٰ مفعول، وإما تسمية للمفعول باسم المصدر، والجمع صيود. انظر: المصباح المنير، مادة «صيد». والدر النقي ٣/ ٧٧٩.

وشرعاً: هو اقتناص حيوان حلال متوحش طبعاً، غير مقدور عليه، لا مالك له. انظر: المبدع ٨/ ٢٣١؛ والدر النقي ٣/ ٧٧٩؛ ونيل المآرب ٤/ ٥٣٧.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١١٩٨-١١٩٩؛ والمغني ١٣/ ٢٦٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦١٦.

(٣) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٥٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١٤.

(٤) البهيم هو الذي لا يخالط لونه سواه. انظر: المغني ١٣/ ٢٦٧.

(٥) رواه النسائي في الصيد والذبائح. صفة الكلاب التي أمر بقتلها، (٤٧٩١/ ١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٣/ ١٤٨، والترمذي في الأحكام والفوائد: باب ما جاء في قتل الكلاب، (١٤٨٦). سنن الترمذي ٤/ ٧٨، وابن الجعد في مسند المبارك بن فضالة بن أبي أمية مولى عمر بن الخطاب (٣١٨١). مسند ابن الجعد ص ٤٦٢، وابن الأعرابي في معجمه، (١٩٥) ٢/ ٢٦٥. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٨١، وصحيح سنن الترمذي ٢/ ٨٥.

ثبت أن المرسِل وهو الآدمي ينقسم منه ما لا يباح صيده مع وجود المطلوب منه من الإرسال والتسمية / وهو إذا كان مجوسياً أو مرتداً (فيجب)[١] أن يكون المرسَل [٣٠٠] ينقسم منه ما لا يباح صيده مع وجود المطلوب منه من التعليم وليس إلا الأسود.

[٢٠٤٨/٢] **مسألة:** إذا سمع حساً بليل وظنه إنساناً، أو دابة، فرماه، فأصابه، فإذا هو صيد لم يؤكل، وكذلك إذا سمع حساً وظنه سبعاً، فأصاب صيداً غيره لم يؤكل، ولا يحل أكل الصيد إلا أن يرميه وهو يريد الصيد ويكون الذي سمعه وأراده ورماه صيداً، وكذلك إذا رمى هدفاً، فأصاب صيداً لم يحل أكله[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يؤكل[٣].

لأن من شرط الاصطياد أن يوجد القصد إلى الصيد[٤]، وإذا ظن أنه حس إنسان فرماه فلم يقصد إلى الاصطياد، فيجب أن لا يؤكل الذي أصابه، وإن كان صيداً، كما لو رمى عرضاً، فأصاب صيداً لم يؤكل عند أبي حنيفة[٥]، وكما لو أرسل كلبه على الهدف، فأصاب صيداً فإنه لا يباح عند الشافعي[٦]، كذلك السهم مثله، لأن كل واحد منهما آلة للاصطياد.

---

(١) كلمة لم أستطع قراءتها في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٢٧٥؛ والإنصاف ١٠/ ٤٣٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦٠؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٣.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٢٧٥.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦١.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٢/ ٥١٩.

ولا معنى لقولهم: إن الكلب له قصد واختيار، والسهم بخلافه، لأنه ما كان يمتنع أن يباح وإن كان بقصده واختياره، كما لو أرسله على صيد بعينه، فأخذ غيره، فإنه يباح وإن علمنا أنه أخذه بقصده واختياره[1].

[٢٠٤٩/٣] **مسألة:** إذا أرسل سهماً أو كلباً على صيد بعينه، فصاد غيره، أو أصاب السهم غيره حل أكله. نص عليه[2].

خلافاً لمالك في قوله: لا يحل ذلك[3].

لأنه لو رمى وهو قاصد إلى الصيد وقد سمى، فجاز أكله، كما لو أصاب العين التي قصدها.

ولأن هذا أمر لا يمكن التحرز منه، لأن عادة الكلب أن يأخذ ما قرب منه من الصيد، فلما أرسل على صيد تعرض له غيره أقرب منه أخذه، فلا يمكن حفظه من ذلك لعدم الإمكان من التحرز لما يخفى عن المحل في المنع.

[٢٠٥٠/٤] **مسألة:** إذا رمى طائراً بسهم، فأصابه، ووقع على الأرض فوجده ميتاً حل أكله[4].

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٢٧٤.

(٢) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٢٧٨-٢٧٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٢٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١٣.

(٣) انظر: التفريع ١/ ٣٩٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٣.

(٤) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٢٧٨-٢٧٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٢٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١٣.

وحكي عن مالك أنه: إن لم ينفذ مقاتله لا يحل أكله[١].

لأن وقوع الطائر على الأرض يعقب إصابة السهم به أمر لا يمكن التحرز منه، فعفى عنه كما عفى عن المحل في غير المقدور عليه[٢].

[٢٠٥١/٥] **مسألة:** صيد المجنون وذكاته لا تصح. نص عليه[٣].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: تصح[٤].

لأن القصد معتبر / في الذكاة، بدليل: أنه يعتبر فيها مذكي مخصوص من له [٣٠١] كتاب، فأما المجوسي والمرتد فلا تصح ذكاته[٥]، يبين صحة هذا: إن إزالة النجاسة لما لم يعتبر القصد فيها لم يعتبر مزيلاً مخصوصاً، لأنها تصح من المجوسي والمرتد، والمجنون لا قصد له.

ولأنه لا يعرف عدة القطع فربما قطع غير موضع الحاجة، ألا ترى أن الكلب إذا لم يكن معلماً لم يبح أكل ما قتله، لأنه غير عارف بالصيد، كذلك المرسِل[٦].

---

(١) انظر: التفريع ١/ ٣٩٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٣.

(٢) مثال ذلك البعير إذا ند، فلم يقدر عليه، فجرحه في أي موضع فقتله حل أكله. انظر: المغني ١٣/ ٢٩١.

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٣/ ٢٥٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٣٥-٥٣٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧١.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٠٧

(٥) انظر: المغني ١٣/ ٢٥٨.

(٦) انظر: المغني ١٣/ ٢٥٨.

[٢٠٥٢/٦] **مسألة:** إذا أكل الكلب من الصيد لم يحل أكله[١].

خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي في قولهما: يحل أكله[٢].

لما روي في حديث عدي بن حاتم قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فكل، وإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه»[٣].

ولأنه كلب أكل من صيده حال الاصطياد، أشبه إذا استرسل بنفسه فوجده صاحبه (قد أخذ)[٤] وأكل، وليس لهم أن يقولوا: إنه لو لم يأكل لم يبح أكله، لأنه يباح عندنا[٥].

ولأن أكله يحتمل أن يكون لشدة الجوع، ويحتمل نسيان التعليم، والحظر والإباحة إذا تعارضا غلب الحظر[٦].

ولأن الذكاة التي هي عض الكلب يعترضها القصد، وهو أن يمسكه على صاحبه، بدليل: أنه لو استرسل بنفسه لم يحل أكله، فاعتبر فيه عض من غير

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٢٦٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦١٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٥٦.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٢؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٢.

(٣) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب التسمية على الصيد (٥٤٧٥)، وفي باب صيد المعراض (٥٤٧٦)، وفي باب إذا أكل الكلب (٥٤٨٣). صحيح البخاري ٣/ ٤٥١-٤٥٣، ومسلم في الصيد والذبائح: باب الصيد بالكلاب المعلمة (١٩٢٩) (٢)، (٣)، (٥)، (٧). صحيح مسلم ٣/ ١٥٢٩.

(٤) في المخطوط: (فأخذ) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٥) انظر: المغني ١٣/ ٢٦٣.

(٦) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/ ٣٣٧.

أكل، لأنه إذا أكل ومسكه على صاحبه، فلم يوجد القصد، فلم تكن ذكاة[١].

[٢٠٥٣/٧] **مسألة:** إذا أكل الكلب من الصيد مرة لم يحرم أكل ما اصطاد قبله[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحرم أكله[٣].

لأنه إذا وجد في الكلب شرائط التعليم، وهو استرساله إذا أرسل، وزجره إذا زجر، وترك الأكل مما يصطاد[٤] فقد حكم بوجوده منه، إما من جهة القطع أو من طريق الإستدلال وغلبة الظن، وإذا أكل بعد ذلك احتمل أن يكون الأكل لأنه لم يكن معلماً فلا يباح أكل ما تقدم، واحتمل أن يكون لفرط جوع أصابه، كما اضطر الإنسان إلى طعام غيره، ويحتمل أن يكون أكل، لأنه نسي أن صاحبه أرسله كما يرسل الإنسان غيره في حاجة ونسي ذلك، ويحتمل أن يكون نسي التعليم كما ينسى [الإنسان][٥] الصنعة، فلا يدل ذلك على أنه لم يكن معلماً، فإذا كان محتملاً لهذه الأوجه لم يبطل ما كنا قد حكمنا به قطعاً، وعلمه من الإباحة والتعليم، كما لو شهد شاهدان ظاهرهما العدالة، فحكم الحاكم بشهادتهما، ثم طعن فيهما بشيء، فإنه لا ينقض الحكم لذلك، لاحتمال أن يكون الفسق طارئاً

(١) انظر: المغني ١٣/ ٢٦٣.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٦٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦١٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٥٦.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٢٦٢.

(٥) ساقط من المخطوط.

بعد الشهادة، / وإن جاز أن يكون قبلها[١]، ولا يلزم عليه الصيد الذي أكل منه، [٣٠٢] لأننا لم نحكم بإباحة أكل الصيد، فهو كالفسق الحادث بعد الشهادة وقبل الحكم بها يمنع من الحكم بها، لأنه حدث ما يضاد الشهادة قبل الحكم بها، فهو بمنزلة أن يأكل من الصيد قبل الحكم بكونه معلماً.

ولا معنىٰ لقولهم: لو كان معلماً لصار طبعاً له، فلا يفارقه، لأنه لا يمتنع أن ينسىٰ التعليم، ألاترىٰ أن الآدمي يتعلم القرآن، والخط، والشعر وينساه.

[٢٠٥٤/٨] **مسألة:** إذا ترك التسمية علىٰ رمي الصيد، أو إرسال الكلب لم يؤكل[٢].

خلافاً لمالك[٣]، والشافعي[٤] في قولهما: يباح أكله.

لما روي في حديث عدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فكل، فإن وجدت معه كلباً آخر فلا تأكل إنما سميت علىٰ كلبك»[٥]. فشرط في إباحة الأكل التسمية بقوله: «إذا أرسلت كلبك وسميت فكل».

ولأنه قال: «إنما سميت علىٰ كلبك». فأخبر أنه إذا شرد كلب لم يسم

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٩٨.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٥٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٠٢.

(٣) مذهب الإمام مالك، والحنفية في هذه المسألة: أنه إن ترك التسمية عمداً لم يحل أكله، وإن تركها ناسياً جاز أكله. انظر: كتاب التفريع ١/ ٣٩٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٦٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٤.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٢/ ٤٧٣؛ وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ٢/ ٤٥٥–٤٥٦.

(٥) سبق تخريجه في المسألة رقم (٦) من هذا الكتاب.

عليه لم يؤكل صيده.

ولأنه صيد لم يسم عليه، فلم يبح أكله، دليله: إذا استرسل الكلب، فوجده صاحبه وصاح به ولم يسم لم يبح، وليس لهم أن يقولوا: إن ذلك لو سمى عليه لم يبح أكله. لأنا لا نسلم ذلك، بل يباح عندنا[١].

[٢٠٥٥/٩] **مسألة:** إذا ترك التسمية على الصيد ناسياً لم يبح أكله[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يباح[٣].

لأنه صيد لم يسم عليه فلم يبح، دليله: إذا تركه عامداً، ولا يلزم عليه الذبيحة[٤]، لقولنا «صيد»، ولأن الذبيحة قد وجدت منها شرائط الذبيحة، فقويت في نفسها، فجاز أن يفرق بين العمد والسهو في شرط منها[و][٥]، ليس كذلك في الصيد، فإن شرط الذكاة لم يوجد فيه، وهو قطع الحلقوم والمريء، فضعف في نفسه، فلهذا لم يفرق بين عمده وسهوه فيما هو شرط فيه، ولهذا فرقوا بين التيمم والوضوء فأوجبوا النية في التيمم لضعفه وأسقطوها في الوضوء[٦].

---

(١) هذا إذا زاد في عدوه. انظر: المغني ١٣/ ٢٦١.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٥٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٠٢.

(٣) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٤؛ والتفريع ١/ ٣٩٨؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٣.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٢٥٨.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) النية من شرائط الطهارة للأحداث كلها، لا يصح وضوء ولا غسل ولا تيمم إلا بها، وقال الثوري وأصحاب الرأي: لا تشترط النية في طهارة الماء، وإنما تشترط للتيمم. انظر: المغني ١/ ١٥٦.

ولأن الصيد لا يعم استعماله [ ][1] تحريمه بالنسيان، والذبيحة[2] يعم استعمالها، ففي تحريمها عليه مشقة، ولهذا لزم الحائض قضاء الصيام دون الصلاة.

ولأنه من شرائط إباحة الصيد، فلم يختلف عمده وسهوه، دليله: استرسال الكلب.

[**٢٠٥٦/١٠**] **مسألة:** لا تستحب الصلاة على النبي ﷺ عند الذبيحة والصيد[3].

خلافاً للشافعي، وأبي إسحاق[4]. [5]

لما روى أبومحمد الخلال بإسناده عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «موطنان لا حظ لي فيهما عند العطاس والذبح»[6].

---

(١) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٢) في المخطوط والذبيحة والذبيحة. وهذا تكرار من الناسخ.

(٣)وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٣/ ٢٦٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٥؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٨٢.

(٤)هو أبو إسحاق بن شاقلا الحنبلي.

(٥)انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٢؛ والمغني ١٣/ ٢٦٠.

(٦)هذا الحديث أورده صاحب المغني ١٣/ ٢٦٢؛ وقال: «رواه الخلال بإسناده» اهـ وقد اخرجه البيهقي في الضحايا: باب الصلاة على رسول الله ﷺ عند الذبيحة. السنن الكبرى ٩/ ٢٨٦. من طريق أبي عبدالله الحافظ، ثنا أبوبكر أحمد بن إسحاق بن أيوب الفقيه، أنبأ إسماعيل بن قتيبة، ثنا يحيى بن يحيى، أنبأ سليمان بن عيسى، أخبرني عبدالرحيم بن زيد العمي، عن أبيه، عن النبي ﷺ. قال البيهقي بعد ذكره لهذا السند: «هذا منقطع وعبدالرحيم وأبوه ضعيفان، وسليمان بن عيسى السجزي في عداد من يضع هذا الحديث». اهـ. إذاً الحديث سنده ضعيف.

/ ولأنه فعل شرع في أوله ذكر الله تعالىٰ، فلم يشرع فيه ذكر النبي ﷺ [٣٠٣] كافتحاح الصلاة، والعطاس، والإحرام، ولايلزم عليه الإيمان، والتشهد الأخير، لأنه قول.

[٢٠٥٧/١١] **مسألة:** إذا أرسل المسلم كلباً، فامتنع عليه الصيد، فاعترضه كلب غير معلم، أو كلب مجوسي، فرده علىٰ الكلب المعلم، أو علىٰ كلب المسلم، فأمسكه وقتله حل أكله(١).

وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يحل(٢).(٣)

لأن إباحة الأكل من الأحكام المتعلقة بالقتل، فاعتبر فيه حال المباشرة للفعل دون المعاون عليه، كما لو أمسك مجوسي شاة وذبحها المسلم، فإنه يحل الأكل اعتباراً بالذابح(٤)، وكذلك إذا أمسك آدمياً وقتله آخر كان الضمان علىٰ القاتل(٥)، كذلك ها هنا.

[٢٠٥٨/١٢] **مسألة:** إذا تواریٰ عنه الكلب والصيد فوجده وقد قتله جاز

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٢٧٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٠٦.

(٢) مذهب الإمام أبي حنيفة الكراهة. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٥٩؛ وتبيين الحقائق ٦/ ٥٤.

(٣) مذهب المالكية أنه إذا أعان الكلب غير معلم أو كلب مجوسي في قتل الصيد أنه لا يؤكل. انظر: حاشية الخرشي علىٰ مختصر خليل ٣/ ١٢.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٢٧٢.

(٥) انظر: المرجع السابق ١١/ ٥٩٦.

أكله، وكذلك إن رماه بسهام، فغاب الصيد والسهم، فوجده مقتولاً جاز أكله[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن توارىٰ عنه الكلب والسهم والصيد وهو في طلبه، فوجده مقتولاً لم يؤكل[٢].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: لا يباح[٣].

لما رَوَىٰ أبو الحسين بإسناده عن أبي ثعلبة عن النبي ﷺ قال: «إذا رميت بسهمك فغاب عنك ثلاثاً فأدركته كله ما لم ينتن»[٤].

ولأنه لم يكن ها هنا سبب كان منه موته في الظاهر إلا سهمه، فوجب أن يجوز أكله، دليله: إذا لم يتوار عنه، أو توارىٰ، فاتبع أثره.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا اتبع أثره علم أنه لم يمكنه أن يدرك ذكاته، وإن اشتغل بعمل غيره، ثم ذهب لعلمه كأن يدرك ذكاته، لأن الأصل عدم الإمكان، وأن العقر ذكاته، فوجب اعتباراً بالأصل.

[**٢٠٥٩/١٣**] **مسألة:** فإن غصب سهماً، أو كلباً، أو فهداً، فاصطاد به كان الصيد لصاحب الآلة علىٰ قياس قوله: إذا غصب فرساً فغزا عليه[٥].

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٠ـ١٢٠١؛ والمغني ١٣/ ٢٧٥ـ٢٧٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٢٢ـ٦٢٣؛ وتنوير المقالة ٣/ ٦٤٢.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦١.

(٣) ورجحه النووي من الشافعيةم انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٣؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٢١.

(٤) رواه مسلم في الصيد والذبائح: باب إذا غاب عنه الصيد، ثم وجده (١٩٣١) (٩)، (١٠). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣٢.

(٥) انظر: المغني ١٣/ ١٠٢.

خلافاً لأكثرهم في قولهم: يكون الصيد للغاصب[١].

لأن المال إذا تبعه النماء من نفس العين تبعه من غيره، كالنصاب في الزكاة، وقد ثبت في الزكاة أنه يتبعها السخال، وهي في معنى العين ويتبعها الربح، وهو من غير العين، كذلك هاهنا لو غصب فهداً، أو صقراً فولد في يده كان النماء لصاحبه، كذلك إذا نما في يده بالصيد.

[**٢٠٦٠/١٤**]/ **مسألة:** إذا أدرك الصيد حياً، فلم يقدر على ذبحه حتى مات أكل[٢]. [٣٠٤]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يؤكل[٣].

لأن الأصل في إباحة الحيوان الذكاة، وأقيم الصقر مقام الذكاة في حال تعذر الذكاة، والتعذر في الحالين يوجب أن يكون حكمهما سواء، يبين صحة هذا: أن التيمم أقيم مقام الماء لتعذر الماء، فلم يكن فرقه بين أن يكون الماء معدوماً وبين أن الماء موجود لا يتمكن من استعماله.

[**٢٠٦١/١٥**] **مسألة:** إذا استرسل الكلب لنفسه، فوجده صاحبه وسمى ونوى في سره، فاصطاد أكل. ذكره أبوبكر[٤].

---

(١) منهم أصحاب أبي حنيفة، وأصحاب الشافعي. انظر: البحر الرائق ٣/ ٢٥٥؛ والحاوي الكبير ١٤/ ١٦٣.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٢٦٨؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦١٧؛ وتنوير المقالة ٣/ ٦٤١؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٠٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٥٧.

(٤) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٢٦١؛ وحاشية المقنع لابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٥٤؛ والفتاوى الهندية ٥/ ٤٢١.

خلافاً للشافعي في قوله: لا يؤكل[١].

لأنه لم يتقدم الزجر إرسال، فوجب أن يتعلق الحكم بالزجر، كما لو كان في يده فزجره، ولايلزم عليه إذا أرسله مجوسي، فزجره مسلم، فانزجر أنه لا يؤكل، لأنه قد تقدم الزجر إرسال.

ولامعنىٰ لقولهم: إن لم يتقدمه إرسال فقد تقدمه استرسال من غير إرسال وهذا يقتضي التحريم. لأنه لا يجوز اعتبار الإرسال بالاسترسال في التحريم، كما لم يجز في باب الضمان، وقد ثبت أن قلنا لو استرسل بنفسه علىٰ إنسان، فقتله لم يضمن من هو في يده، ولو أرسله عليه ضمنه[٢]، ولا يجوز لبعضهم أن يمنع الضمان، لأنه آلة له، فكأنه أتلفه بنفسه.

ولأنهم لا يختلفون إذ أرسل كلبه علىٰ صيد في الحرم، فقتله ضمنه، ولو استرسل لم يضمنه[٣].

ولأنه قد جعل سببان، أحدهما: بغير فعل الآدمي، وهو انقلاب الصيد (وذهابه)[٤]، والآخر: بفعل الآدمي وهو الزجر، فيجب أن يتعلق الحكم بفعل الآدمي، ألا ترىٰ أن رجلاً لو حفر بئراً في طريق المسلمين، أو وضع فيه حجراً فعثر إنسان به فوقع في البئر، أو علىٰ الحجر تعلق الضمان علىٰ الحافر، أو واضع

---

(١) وهو المشهور من مذهب المالكية. انظر: تكملة المجموع ٩/ ١٠٣؛ وتنوير المقالة ٣/ ٦٣٨.

(٢) انظر: المغني ١٢/ ٥٤٣.

(٣) انظر: المرجع السابق ٥/ ١٨٢.

(٤) في المخطوط: (واهابه) ولعل صحتها ما أثبت.

الحجر[١]، وكذلك إذا جاء إلىٰ حفيرة لم يحفرها أحد فأوسع رأسها، أو حفر في أسفلها، فوقع فيها إنسان ضمن الذي أوسع رأسها وحفر في أسفلها، ولا يشبه هذا إذا أرسله مجوسي، فرجره مسلم، أو أرسله مسلم، فزجره مجوسي أن الحكم للإرسال الأول، ولا يتعلق بالزجر حكم، لأن السببين جميعاً حصلا بفعل الآدمي، فيتعلق الحكم بالأول منهما، كما لو وضع رجل حجراً في طريق المسلمين، وحفر آخر بئراً تحته، فعثر إنسان بالحجر فوقع في البئر أن الضمان علىٰ واضع الحجر، ولا يلزم عليه إذا أرسل المسلم / كلبه وسمىٰ، فشاركه كلب آخر [٣٠٥] ليس بمعلم، أو معلم لكنه استرسل بنفسه أنه لا يحل أكله، وإن كان استرسال الكلب بغير فعل آدمي، وإرساله فعل آدمي، لأنه لم يوجد شرط الإباحة، وهو التسمية.

ولا معنىٰ لقولهم: السكين حصلت في الطريق بفعل آدمي، وهو مشى الآدميين التي معها[٢]، وذلك فعل مباح. لأنا نفرض المسألةفي أرض شالت الريح إليها آجرة، وحفر فيها إنسان بئراً، فعثر إنسان بالأجرة، فسقط في البئر ضمن وإن لم يكن ذلك فعل آدمي، وكونه فعل مباح لا يوجب إسقاط الضمان بالسقط، كما لو رمىٰ طائراً فأصاب إنساناً ضمن ولو كان ذلك الفعل مباحاً[٣].

[**٢٠٦٢/١٦**] **مسألة:** إذا أرسل كلبه علىٰ صيد فصدمه ولم يجرحه، أو قتله

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٨٨.

(٢) هكذا في المخطوط والعبارة غير واضحة ولم تتضح لي.

(٣) انظر: حاشية الروض المربع ٧/ ٢٣٠.

بالخنق ولم يدمه لم يحل أكله[١].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يباح[٢].

لأنها آلة للاصطياد فكان من شرطها الإدماء، والجراح، كالسهم.

ولامعنى لقولهم: إن ذاك يمكن التحرز منه، لأنه لو قوم رميه لأصاب، وهاهنا لا يمكن التحرز، لأن عادة الكلب أن يقتل بجرح بغزة. لأن هذا يوجب أن تكون إصابة الحلق شرطاً، لأنه لو قوم رميته لأصاب ولما عفى عنه، كذلك يجب أن يعفو عن عرض السهم.

ولأن هذا يوجب أن يباح وإن استرسل بنفسه، لأنه يسترسل لنفسه ولصاحبه، ومع هذا إرساله شرط، كذلك جرحه

[٢٠٦٣/١٧] **مسألة:** إذا أبان من الصيد عضواً بضربة موجبة (فوقع)[٣] ميتاً في الحال أكل الجميع سواء كان جانب الرأس أقل أو أكثر[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن رمى صيداً فقطعه نصفين أكلا، فإن قطع الثلث الذي يلي الرأس أكلا أيضاً، وإن قطع الثلث الذي يلي العجز أكل الثلثين

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٣/ ٢٦٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦١٢-٦١٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦٢؛ وتنوير المقالة ٣/ ٦٤١.

(٢) ورجحه النووي من الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٨٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١٢.

(٣) في المخطوط (فمات).

(٤) وبه قال جمهور الفقهاء: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٢٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٣؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١١.

ولم يؤكل الثلث[١].

لأن ما كان من ذكاة لبعض البدن كان ذكاة لجميعه[٢]، أصله إذا كان ما يلي الرأس أصغر، وقطع الحلقوم والمريء في المقدور عليه[٣]، ولايلزم عليه حمار الوحش إذا كان في جوفها جنين من حمار أهلي أن ذكاة الأم لا تكون ذكاة له، لأنه بدن غير بدن الأم، ونحن قلنا: «ذكاة لجميعه»، ولا يلزم عليه إذا أبان منه عضواً وهو على الامتناع، ثم ذكاه بعد ذلك أنه لا يكون ذكاة لما أبان منه، لأن ما بان ليس بمتصل بالبدن حين الذكاة، لأن الذكاة حصلت بالضربة الثانية وليس من البدن في ذلك بحال.

[٢٠٦٤/١٨] **مسألة:** إذا توحش الأهلي من النعم فذكاته بالعقر، وكذلك إذا تردى بعير في بئر، فلم يقدر على ذبحه فذكاته بالعقر[٤].

/ خلافاً لمالك في قوله: ذكاته في الحلق واللبة[٥]. [٣٠٦]

لما روى رافع بن خديج قال: كنا مع رسول الله ﷺ فند بعير فرماه رجل بسهمه فحبسه الله تبارك وتعالى فقال ﷺ: «إن هذه البهائم لها أوابد[٦] كأوابد الوحش،

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٦٣.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٢٨١.

(٣) انظر: المرجع السابق ١٣/ ٣٣.

(٤) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٦؛ والمغني ١٣/ ٢٩١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٣٩؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٨؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٠٨.

(٥) انظر: التفريع ١/ ٤٠٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٥.

(٦) يعني ما ينفر منها عن الإنس ويتوحش. انظر: اعلام الحديث ٢/ ١٢٤٥.

فإذا ندّ منها شيء فافعلوا به هكذا»[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إن قوله: «فافعلوا به هكذا» ليدركوه فيذكوه، لأنه لا يجوز أن يأمرهم بمثل ذلك وهو مما لا تقع به الإباحة، لجواز أن يكون الجراح يأتي علىٰ نفس الصيد.

ولأنه حيوان غير مقدور علىٰ ذكاته، فكانت ذكاته بالعقر، كالوحشي ذكاته بالعقر[٢]، ثم إذا تأنس وقدر عليه تغير حكم ذكاته، فتصير ذكاته في الحلق واللبة لحصول القدرة عليه، كذلك الإنسي إذا توحش فقد رجع عن أن يكون مقدوراً علىٰ ذكاته، فيجب أن يتغير حكم ذكاته إلىٰ العقر.

[**٢٠٦٥/١٩**] **مسألة:** إذا أصاب الرجل صيداً، ثم أفلت منه لم يزل ملكه عنه سواء كان يدور حول البلد والعمران [أو][٣] كان قد عاد إلىٰ البر[٤].

خلافاً لمالك في قوله: إذا عاد إلىٰ البر واختلط بالصيود زال ملكه عنه، ومن صاده ملكه[٥].

لأنه مسلم امتنع عليه مملوك له، فلم يزل ملكه عنه، كما لو أفلت الصيد وكان

---

(١) رواه البخاري في الجهاد: باب ما يكره من ذبح الإبل والغنم في المغانم، (٣٠٧٥)، وفي الذبائح والصيد: باب ماند من البهائم فهو بمنزلة الوحش، (٥٥٠٩). صحيح البخاري ٢/ ٣٨٠، ٣/ ٤٥٩ .

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٦ .

(٣) في المخطوط (إذا).

(٤) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٢٨٧؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٥٥؛ والفتاوىٰ الهندية ٥/ ٤١٨؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٢٤ .

(٥) انظر: التفريع ١/ ٤٠٠ .

يدور حول البلد، أو أبق عبد له، ولا يلزم عليه الحربي إذا أبق عبده إلىٰ دار الإسلام أنه يزول ملكه لقولنا: «مسلم»، ولا يلزم عليه المسلم إذا أبق عبده إلىٰ دار الحرب، لأن ملكه لا يزول عنه إلا بقهر المشركين له، فأما بامتناعه فلا يزول[١].

[٢٠٦٦/٢٠] **مسألة:** إذا نصب منجلاً[٢] وسمىٰ، فجرح الصيد، فقتله حل أكله[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يباح[٤].

لأنه قصد إلىٰ قتل الصيد بماله حد، أشبه لو رماه بالمناجل والسهم، ولا يلزم عليه إذا أرسل سهمه علىٰ هدف أو في الهواء، فأصاب صيداً أنه لا يباح[٥] لأنه غير قاصد إلىٰ قتل الصيد، لأن القصد المعتاد أن يسير إلىٰ الصيد.

ولأن إباحة الصيد حكم يتعلق بإتلاف الحيوان إذا كان مباشرة، فتعلق به إذا كان سبباً، دليله: ضمان الآدمي يستوي فيه حكم المباشرة والسبب في ضمان الدية فيجب أن يستوي في الصيد.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ضمان الآدمي أوسع، بدليل: أنه لو رمىٰ طائراً/ فوقع [٣٠٧]

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ١٢٣.

(٢) المِنْجَل: آلة يحصد بها الزرع. انظر: تهذيب اللغة ١١/ ٨١؛ والصحاح، مادة «نجل»، والدر النقي شرح ألفاظ الخرقي ٣/ ٧٨١.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٣؛ والمغني ١٣/ ٢٨١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٣٠-٦٣١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٣.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٣.

(٥) انظر: الانصاف ١٠/ ٤٣٥.

علىٰ إنسان فقتله إذ لو كان في يده سكين فسقط علىٰ حلق صبي فذبحه كان عليه الضمان، ولو كان مثل هذا في الصيد لم يؤكل. لأنا نقابله فنقول: الذكاة أوسع، بدليل: أنه لو أرسل كلبه أو فهده علىٰ صيد فقتل آدمياً لم يضمنه، ولو قتل الصيد حل أكله ويحل[1] أنه إنما افترقا لمعنىٰ وهو أن الصيد من شرطه وجود القصد، فإذا رمىٰ إلىٰ الهوىٰ فوقع علىٰ صيد لم يبح لعدم القصد، وإذا نصب المنجل فقد قصد الصيد، فاستويا في الإباحة.

(١) يظهر لي أن كلمة (ويحل) زائدة من الناسخ إذ المعنىٰ يستقيم بدونها .

كتاب الذبائح[١]

[٢٠٦٧/١] **مسألة:** لا تجوز الذكاة بالسن والظفر سواء كانا منزوعين، أو كانا متصلين[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تجوز الذكاة بهما إذا كانا منزوعين، ولا تجوز إذا كانا متصلين[٣].

لما روى رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكلوا إلا ما كان من سن أو ظفر، أما السن فعظم الإنسان، وأما الظفر فمدى[٤] الحبشة»[٥]. فذكر ما يباح الذكاة به واستثنى السن والظفر، ولا يصح حمله على المتصل، لأن تعليله يعم، فنقول: أما السن فعظم الإنسان، وهذا عام.

---

(١) الذبائح: جمع ذبيحة: وهي اسم ما يذبح من النعم. انظر: المصباح المنير. مادة «ذبح» والدر النقي ٣/ ٧٧٩.

والذبح شرعاً: هو ذبح، أو نحر حيوان مأكول بري بقطع الحلقوم والمريء بمحدد، أو عقر ممتنع ممن هو أهل لذلك. انظر: الدر النقي ٣/ ٧٧٩؛ ونيل المآرب ٤/ ٥٢٨.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٣٠١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٠؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١١.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٧.

(٤) معناه: أن الحبشة يدمون مذابح الشاة بأظفارهم، ويجرحونها بها، فيحلونها محل المدي التي يستعملها المسلمون. انظر: اعلام الحديث ٢/ ١٢٤٦.

(٥) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد (٥٥٠٣)، وفي باب ما ند من البهائم فهو بمنزلة الوحش، (٥٥٠٩). صحيح البخاري ٣/ ٤٥٨، ٤٥٩، ومسلم في الأضاحي: باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام (١٩٦٨) (٢) صحيح مسلم ٣/ ١٥٥٨.

ولأن مالا يجوز أن يذكىٰ به إذا كان متصلاً لم يجز إذا كان منفصلاً، وعكسه الحديد لما جاز أن يذكىٰ به إذا كان منفصلاً عن غيره جاز أن يذكىٰ به إذا كان متصلاً بغيره[١].

ولا معنىٰ لقولهم: اليد لا تفرىٰ، والسن والظفر تفرىٰ. لأن هذا باطل بحال الاتصال علىٰ أن اليد تقطع الأوداج، لأنه يشد رأس الطائر بيد ويقطعه، كما يقطع الحديد.

[٢٠٦٨/٢] **مسألة:** يؤكل السمك الطافي[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يؤكل[٣].

لما روىٰ ابن عمر قال: غدونا فجعنا حتىٰ إنا نقسم التمرة والتمرتين، فبينما نحن علىٰ شط البحر إذ رمىٰ البحر بحوت ميتة، فاقتطع الناس ما شاؤوا من شحم ولحم، فبلغني أن الناس لما قدموا علىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أخبروه فقال لهم: «أمعكم منه شيء؟» قالوا: نعم، فأعطوه منه فأكله»[٤]. وهذا نص.

ولأن كل حيوان لو مات بسبب أكل، فإذا مات بغير سبب أكل، كالجراد، يبين

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٣٠٢.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ٢١؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٠٨.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠١.

(٤) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب قول الله تعالىٰ: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾، (٥٤٩٣)، (٥٤٩٤). صحيح البخاري ٣/ ٤٥٥؛ ومسلم في الصيد والذبائح: باب إباحة ميتات البحر، (١٩٣٥) (١٧). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣٥.

صحة هذا: أنه لو كان موته بسبب وهو حسر الماء عنه جرىٰ مجرىٰ الذكاة / لكان يجب [٣٠٨] أن نعتبر [ ][١] الأحداه من أهل الذكاة، كما اعتبر ذلك في سائر الحيوان، فلما لم نعتبر ذلك فيه ثبت أن الإعتبار بالذكاة فيه وإنما يقوم مقامها.

[**٢٠٦٩/٣**] **مسألة:** يؤكل جميع ما في البحر إلا الضفادع والتماسيح[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يؤكل شيء من حيوان البحر إلا السمك[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: يؤكل جميعه إلا الضفدع[٤].

فالدلالة على إباحة ما عدا السمك: ما رواه أبو الحسين باسناده عن جابر قال [قال][٥] رسول الله ﷺ: «ما من دابة في البحر إلا قد ذكاها الله عز وجل لبني آدم»[٦].

ولأنه منسوب إلىٰ الماء، و(لم)[٧] ينه عن قتله، وليس له ناب يجرح به، فكان مباحاً، كالسمك، ولايلزم عليه سباع البر، لقولنا: «منسوب إلىٰ الماء»، ولايلزم

(١) كلمة لم تتضح بالأصل.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٣٤٥-٣٤٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٢٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠١.

(٤) وبه قال مالك. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٤؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٤٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) رواه الدارقطني في الصيد والذبائح والأطعمة، وغير ذلك، (٤). من طريق عثمان بن عبد ربه، نا عبدالله ابن روح، نا شبابة، نا حمزة، عن عمرو بن دينار، عن جابر، عن رسول الله ﷺ. سنن الدارقطني ٤/ ٢٦٧.

(٧) في المخطوط (ولما).

عـليه الضفدع لقولنا: «لم يبح قتله» والضفدع قد نهىٰ النبي ﷺ عن قتله»[١].

ولا يلزم عليه التمساح، والكوسج[٢] لقولنا: «ليس له ناب يجرح به».

والدلالة على تحريم التمساح نهىٰ النبي ﷺ عن كل ذي ناب من السباع»[٣]، وهذا عام.

ولأنه أحد نوعي الصيد، فكان منه محرماً، كصيد البر منه ما يحرم، ومنه ما يباح، كذلك صيد البحر.

[٢٠٧٠/٤] **مسألة:** وتفتقر إباحة غير السمك إلىٰ ذكاة، كحمير الماء، وكلب الماء، وإنسان الماء، وغير ذلك[٤].

خلافاً لمالك، والشافعي، والثانية: يباح من غير ذكاة[٥].[٦]

---

(١) رواه النسائي فيما قذفه البحر: الضفدع، (٤٨٦٧/١). السنن الكبرىٰ للنسائي ١٦٦/٣، وابن ماجة في الصيد: باب ما ينهىٰ عن قتله، (٣٢٢٣). سنن ابن ماجة ١٠٧٤/٢ . وقد صححه الألباني. انظر: صحيح سنن ابن ماجة ٢١٧/٢.

(٢) الكوسج: سمك خرطومه كالمنشار. انظر: القاموس المحيط ص ٢٦٠.

(٣) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب أكل كل ذي ناب من السباع، (٥٥٣٠). صحيح البخاري ٣/ ٦٢، ومسلم في الصيد والذبائح: باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير. (١٩٣٢) (١٢)، (١٣)، (١٤)، (١٥). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣٣-١٥٣٤.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٣/ ٣٤٤؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٣٥.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٤٢؛ والمغني ١٣/ ٣٤٤.

(٦) مذهب الحنفية أنه لا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك فقط. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠١.

لقول النبي ﷺ: «أحلت (لنا)[١] ميتتان السمك والجراد»[٢]. فخص هذين بالإباحة من غير ذكاة.

ولأنه أحد نوعي الصيد، فانقسم الحيوان المأكول منه إلىٰ ذكاة، دليله: البر منه ما لا يفتقر إلىٰ ذكاة، وهو الجراد، ومنه ما يفتقر [إلىٰ ذكاة][٣] كذلك النوع الثاني، وهو حيوان البحر.

[٢٠٧١/٥] **مسألة:** إذا مات الجراد بغير سبب أكل[٤].

خلافاً لمالك، والثانية: لا يباح إلا أن يكون موته بسبب بأن ينقطع رأسه، أو يقع في نار فيحترق، أو في قدر يطبخ فيموت، وأما إن مات حتف أنفه فلا يباح[٥].

لما روىٰ ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «أحلت (لنا)[٦] ميتتان السمك

---

(١) في المخطوط (له) والصحيح ما أثبت.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسند عبدالله بن عمر، (٥٧٢٧). مسند الإمام أحمد ٢/ ٤١٥، وابن ماجة في الصيد: باب صيد الحيتان والجراد، (٣٢١٨). سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٧٣، والدارقطني في الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك، (٢٥). سنن الدارقطني ٤/ ٢٧٢، والبغوي في الصيد: باب أكل الجراد، (٢٨٠٣). شرح السنة للبغوي ١١/ ٢٤٤. وقد صححه الألباني. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة ٣/ ١١١؛ وإرواء الغليل ٨/ ١٦٤.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٣٠٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٣٤ـ٥٣٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠١؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٦٤.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧؛ والمغني ١٣/ ٣٠٠.

(٦) في المخطوط: (له) والصحيح ما أثبت.

والجراد»[1]. وهذا عام.

ولأنه حيوان لو مات بسببٍ حَلَّ أكلُه، كذلك إذا مات بغير سبب، كالسمك، وافق مالكاً[2].

ولأنه لو اعتبر السبب اعتبر صفة المذكىٰ، كالنعم، فلما لم نعتبر / صفة المذكىٰ [٣٠٩] ثبت أنه لا يعتبر السبب.

[٢٠٧٢/٦] **مسألة:** يجزئ في الذكاة قطع الحلقوم والمريء[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجزي قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين[4].

وخلافاً لمالك، والثانية: يحتاج إلىٰ قطع الحلقوم والمريء، والودجين، وهما عرقان[5] [6].

لما روىٰ أبوهريرة عن النبي ﷺ قال: «الذكاة في الحلق واللبة»[7].

ولأنه قطع مذكىٰ في محل الذكاة، فجاز أن تكون ذكاة صحيحة، قياساً علىٰ

---

(١) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١٢٠٨؛ والمغني ١٣/ ٣٠٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٤٩-٦٥٠؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٠.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٦.

(٥) مذهب مالك في هذه المسألة: أن يقطع الحلقوم والودجان، ولا يراعي قطع المريء. انظر: التفريع ١/ ٤٠١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٦٩.

(٦) انظر: المغني ١٣/ ٣٠٣.

(٧) رواه الدارقطني في الصيد والذبائح. من طريق سعيد بن سلام العطار، عن عبدالله بديل الخزاعي، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة فذكره. سنن الدارقطني ٤/ ٢٨٣. وسعيد بن سلام ذكره العقيلي في الضعفاء، برقم (٥٨٠). وذكره ابن حبان في المجروحين ١/ ٣٢١ وقال: «منكر الحديث، ينفرد عن الإثبات بما لا أصل له» اهـ.

قطع الأوداج الأربعة، أو قطع أكثرها.

ولامعنىٰ لقولهم: إن ذاك أوفىٰ لأن قطع الأربعة[1] أوفىٰ ولا يشترطهما أبو حنيفة.

ولأن ما لا يتعين قطعه في ذكاة المقدور عليه لم يتعلق بقطعه الإباحة، أصله: الزيدان، وهما وراء الودجين، وذلك أن أباحنيفة قد قال: قطع الودجين غير متعين، وأنه من أي جانب قطع أجزاءه، ولايلزمنا قطع الحلقوم، والمريء لا يتعين.

[٢٠٧٣/٧] **مسألة:** لا تؤكل ذبائح نصارىٰ أهل العرب من تنوخ[2]، وبهراء[3]، وتغلب، وفهر[4].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: تباح[5].

---

(١) الأربعة: هي الحلقوم، والمريء، والودجين. انظر: المغني ١٣/ ٣٠٤.

(٢) تنوخ: حي من اليمن اختلف النسابون فيه. فقال ابن خلدون: حي من بني أسد بن وبرة بن تغلب بن حلوان بن عمرو بن الحافي بن قضاعة. وقال الزبيدي: قبائل اجتمعت وتألفت منهم بنو فهم، وكانت تنوخ تقيم بحاضرة حلب، وبالمعرة، وقد حاربوا خالد بن الوليد سنة اثنتي عشرة من الهجرة في دومة الجندل. انظر: معجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر رضا كحاله ١/ ١٣٤.

(٣) بهراء: هم بنو بهراء بن عمرو بن الحافي بن قضاعة كانت منازلهم شمالي منازل بلي من الينبع إلىٰ عقبة أيلة، ثم جاوروابحر القلزم، منهم خلق كثير وانتشروا ما بين بلاد الحبشة وصعيد مصر، وكثروا هناك وغلبوا علىٰ بلاد النوبة. انظر: معجم قبائل العرب القديمة والحديثة ١/ ١١٠.

(٤) وبه قال الشافعية. هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٣٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٤٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٤٧٥.

(٥)وبه قال المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٤٣؛

لأن العرب ليسوا من أهل كتاب ، كانوا ما دخلوا في دين أهل الكتاب ، وقد أشكل الأمر فيهم فلا ندري متىٰ دخلوا في دينهم أقبل التبديل ، أو بعد التبديل ، فغلبنا التحريم كما قلنا في المجوسي .

[٢٠٧٤/٨] **مسألة:** إذا كان أحد أبويه كتابياً والآخر مجوسياً ، أو وثنياً لم تؤكل ذبيحته ، ولا تحل مناكحته[١] [٢] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تحل مناكحته وذبيحته[٣] .

وخلافاً للشافعي في قوله : إن كان أبوه مجوسياً أو وثنياً وأمه يهودية أو نصرانية لم تؤكل ذبيحته قولاً واحداً ، وإن كانت أمه مجوسية وأبوه يهودياً أو نصرانياً ففيه قولان .[٤]

لأنه كافر متولد بين من لا يحل أكل ذبيحته ومناكحته ، فلم تحل مناكحته وأكل ذبيحته ، كما [لو] كان (الأبوان)[٥] مجوسيين ، أو وثنيين ، ولا يلزم عليه إذا كان أحد الأبوين مسلماً والآخر مجوسياً أو وثنياً ، لأن الولد هناك مسلم .

ولا معنىٰ لقولهم : إن مناكحة الأبوين حرام ، وهاهنا أحدهما حلال . لأنه لا يمتنع أن يكون أحدهما مباحاً ، فغلب الحظر ، كالمتولد من بين الحمار الأهلي

والاستذكار لابن عبدالبر ١٥/ ٢٣٨ .

(١) انظر : المغني ١٣/ ٢٩٤ ؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٤٣ .

(٢) مذهب الإمام مالك أن الابن حكمه حكم أبيه . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٨ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٩٨ .

(٤) الصحيح عدم الجواز . انظر : تكملة المجموع ٩/ ٧٩ .

(٥) في المخطوط (الأب) .

والوحشي يحل أكل أحدهما والمغلب فيه الحظر، ونجعله طريقه، فنقول: إذا اجتمع في هذا الولد معنىٰ التحليل والتحريم غلب التحريم، كالولد الخارج من بين الحمار الوحشي والأهلي، ولا يلزم عليه الولد الخارج من بين مسلم وكافرة، لأن الإسلام يمنع من تغليب التحريم.

[٢٠٧٥/٩]/ **مسألة:** في المتردية [(١)]، والنطيحة [(٢)]، والموقوذة [(٣)]، وما [٣١٠] أكل السبع، أو بلغ حالاً لا يعيش من مثله لم يؤكل وإن عاش يوماً ونحوه، لأنه قال في رواية الأثرم في السبع يعدو علىٰ الشاة فيعقرها ثم يدركها صاحبها بعد أخذها فيذكيها، فإن استيقن أنها تموت من عقر السبع إياها فلا يأكلها[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن أدرك ذكاتها قبل أن تموت أكلت[(٥)].

لأنها صارت إلىٰ حالة لا تعيش فلا حكم للذكاة، كالمذبوح، وقد روي[(٦)] عنه ما يوافق قول أبي حنيفة في الصيد إذا أدركه وبه رمق، فلم يذكه لم يبح أكله، وإن كان مثله لا يعيش[(٧)].

---

(١) المتردية: هي التي تردت من جبل أو نحوه. انظر: شرح الزركشي ٦/ ٦٦٨.

(٢) النطيحة: هي التي تَنطح أو تُنطح فتموت. انظر: شرح الزركشي ٦/ ٦٦٨.

(٣) الموقوذة: هي التي تقتل ضرباً. انظر: شرح الزركشي ٦/ ٦٦٨.

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٣١٤؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٦٨؛ وتنوير المقالة ٦٠٩-٦١٠؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٧.

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٩٨.

(٦) أي الإمام أحمد. انظر: شرح الزركشي ٦/ ٦٦٩.

(٧) انظر: مسألة (١٤/ ١٠٦٠) من كتاب الصيد من هذا الكتاب.

[١٠/٢٠٧٦] **مسألة:** إذا ذبح شاة أو غيرها من حيوان فأتىٰ علىٰ (محل) [(١)] المقاتل فحمل نفسه (فوقع)[(٢)] في ماء، أو كان علىٰ رأس جبل فتردىٰ لم يبح أكله[(٣)].

خلافاً لأكثرهم، والثانية: يباح[(٤)].

لما روىٰ عدي بن حاتم أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إذا وقعت رميتك في ماء فغرقت فلا تأكل»[(٥)]. ولا يصح حمله علىٰ إصابة غير موجبه، لأنه لو كان الحكم مختلف لكان يستفصل فيقول: إن كانت موجبة أبيح لك الأكل، وإن كانت غير موجبة لم يبح، فلما لم يستفصل دل علىٰ أن الحكم لا يخلتف، ولأن حمله علىٰ ذلك حمل علىٰ ما قد استفيد بغير هذا الخبر، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾[(٦)]، وإذا حملناه علىٰ مسألة الخلاف أفاد.

ولأن لهذه الحياة حكم، بدليل: أنه يحرم علىٰ الذابح قطع اعضائه قبل أن تزهق نفسه، فلولا أن لها حكماً لم يحرم عليه ذلك، كما لو قطعها بعد أن تزهق

---

(١) في المخطوط: (برل) ولعل الصواب ماأثبت.

(٢) في المخطوط: (فوقعي).

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٩؛ والمغني ١٣/ ٣٠٦-٣٠٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٥٣.

(٤) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية ثانية في المذهب الحنبلي. انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٩٨، وتنوير المقالة ٣/ ٦٤١؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥١٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٩.

(٥) رواه البخاري في الذبائح والصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة، (٥٤٨٤). صحيح البخاري ٣/ ٤٥٣، ومسلم في الصيد والذبائح: باب الصيد بالكلاب المعلمة، (١٩٢٩) (٦). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣١.

(٦) المائدة (٣).

نفسه، وقد دل على هذا قول عمر: «ذروها حتى تزهق الأنفس» [(١)]. وليس إذا لم يكن لها حكم في باب [الصيد] [(٢)] لم يكن له حكم في الذكاة، بدليل: أنه لو رمى صيداً مملوكاً فغاب عنه ثم وجده ميتاً وبه السهم أوجبوا عليه الضمان، ولم تحصل الإباحة.

[٢٠٧٧/١١] **مسألة:** يجوز ذبح الإبل [(٣)].

خلافاً لمالك، وداود في [قولهما] [(٤)]: لا يجزيء إلا النحر [(٥)]. [(٦)]

لأن الذبح ذكاة للبقر والغنم، فيجب أن تكون ذكاة الإبل، كالنحر لما كان ذكاة لهذه الأشياء كان ذكاة للإبل.

[٢٠٧٨/١٢] **مسألة:** ذكاة الأم ذكاة الجنين، فإذا نحرت الناقة، وذبحت الشاة والبقر فخرج في جوفها جنين ميت حل أكله، وكذلك إن خرج حياً ولم يقدر

---

(١) رواه عبدالرازق في المناسك: باب ما يقطع من الذبيحة، (٨٦١٤) من طريق معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن المعورا بن سويد، عن ابن الفرافصة الحنفي، عن أبيه، عن عمر. المصنف لعبدالرازق ٤/ ٤٩٥.

(٢) بياض بالمخطوط مقداره كلمة ولعلها ما أثبت.

(٣) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٠٩؛ والمغني ١٣/ ٣٠٦؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٥٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٨؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٥.

(٤) في المخطوط: (قوله).

(٥) انظر: التفريع ١/ ٤٠٢؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٩٧-٦٠٢.

(٦) مذهب أهل الظاهر جواز ذبح الإبل. انظر: المحلى ٨/ ١٦٩.

علىٰ ذكاته حتىٰ مات[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يؤكل إلا أن يخرج حياً فيه ذكاة[٢].

وخلافاً لمالك [في قوله][٣]: إن كان قد كمل خلقه ونبت شعره وخرج ميتاً أكل، وإن لم ينبت شعره لم يؤكل / [٤]. [٣١١]

لما روىٰ أبو سعيد أن النبي ﷺ قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[٥].

ولا يصح حمله على أن ذكاته بذكاة الجنين، لأن اسم الجنين حقيقة في الولد مادام مستجناً في بطن أمه وبعد خروجه لا يسمىٰ جنيناً، وفي تلك الحالة لاتكون ذكاته كذكاة الأم، لأنه لا يمكن ذبحه فلا يمكن حمل الخبر عليه.

ولأن حمله على التسمية يبطل فائدة تخصيص الأم، لأن تشبيهه بالأم ليس

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٠؛ والمغني ١٣/ ٣٠٨-٣٠٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٥٦. ومغني المحتاج ٤/ ٣٠٦.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١١؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٨-٣٩٩.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: التفريع ١/ ٤٠٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٠.

(٥) رواه أبو داود في الأضاحي: باب ما جاء في ذكاة الجنين، (٢٨٢٧). سنن أبي داود ٣/ ١٠٣، وابن ماجة في الذبائح: باب ذكاة الجنين ذكاة أمه، (٣١٩٩). سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٦٧، والدارمي في الأضاحي: باب في ذكاة الجنين ذكاة أمه، (١٩٧٩). سنن الدارمي ٢/ ١١٥، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٥٨٨٩) ١٣/ ٢٠٦-٢٠٧، وابن الجارود في المنتقىٰ ص ٢٢٧. والدارقطني في باب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك، (٣١). سنن الدارقطني ٤/ ٢٧٤، وأبو يحيىٰ فراس بن يحيىٰ المكتب الكوفي في مسانيده، (٣٩) ص ١١٥، والطبراني في المعجم الصغير ١/ ١١٠، (٢٣٤). وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٧٢.

بأولىٰ من تشبيهِهِ بعمته وخالته وابن الحيوان، ولأنه قد رُوىٰ في حديث أبي سعيد أنه قال: سألنا رسول الله ﷺ أن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقر والشاة فيجد في جوفها جنيناً أفنأكله أم نلقيه؟ قال: «إن شئتم كلوه، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه». وهذا خاص فيه إذا خرج ميتاً.

ولأنه ما يتبع البهيمة في البيع جاز أن يتبعها في الذكاة، دليله: الأعضاء، ولا يلزم عليه الجنين المتولد من بين ما يؤكل لحمه ولا يؤكل لحمه، لأن التعليل للجواز[1]، ولا يلزم عليه أعيان المسائل.

ولامعنىٰ لقولهم: لو كانت الذكاة تسرىٰ إلىٰ الولد وتتبعه كما يسري البيع والعتق لوجب أن لايبطل بانفصاله منها حياً، كما لا يبطل في المبيع والمنع عن الولد وسائر الحقوق. لأن الغالب أن لاينفصل منها حياً، وأنه يموت بموت الأم، وعكسه [حياته][2]، بعد موتها نادر، والنادر لا اعتبار به فلم يسلبه حكم الانفصال عن ذكاتها.

ولأن الذكاة في الحيوان تختلف علىٰ حسب الإمكان فيه والقدرة، بدلالة: أن الحيوان المقدور عليه ذكاته في الحلق واللبة للقدرة علىٰ ذلك، والممتنع من الصيد والحيوان الواقع في البئر لما تعذرت ذكاته في الحلق واللبة كانت ذكاته بالعقر، والجنين لا يمكن التوصل إلىٰ ذبحه ولا عقره، فلم يشترط ذلك في استباحته، وجعلت ذكاة الأم ذكاة له[3].

---

(١) وللقاعدة التي تقول: إذا اجتمع حظر وإباحة غلب الحظر.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٣٠٩.

كتاب الأطعمة[١]

[٢٠٧٩/١] **مسألة**: يحرم أكل سباع البهائم إذا كان لها ناب قوي يعدو على الناس، كالأسد، والنمر، والذئب، والفهد[٢].

خلافاً لمالك في قوله: يكره أكلها من غير تحريم[٣].

لما روي عن أبي ثعلبة أن النبي ﷺ: «نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع»[٤].

وروى خالد بن الوليد قال: غزوت مع النبي ﷺ خيبر فقال: «وحرام عليكم حمر الأهلية، وحملها، وبغالها، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير»[٥]. وفي هذا اللفظ ما يسقط حمله على التنزيه، لأنه صريح بلفظ التحريم.

ولأنه سبع / له ناب قوي يعدو على الناس، فحرم أكله، كالخنزير، والكلب. [٣١٢]

---

(١) الأطعمة: جمع طعام، قال الجوهري: الطعام: ما يؤكل، وربما خص به البر. انظر: مختار الصحاح، مادة «طعم».

وشرعاً: هي ما يؤكل ويشرب. انظر: نيل المآرب ٤/ ٥١٩.

(٢) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٢؛ والمغني ١٣/ ٣١٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٧٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٩؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٨.

(٣) مذهب المالكية: أنه لا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع مثل: الأسد، والذئب، والفهد، والنمر، والضبع. انظر: التفريع ١/ ٤٠٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) رواه أبو داود في الأطعمة: باب النهي عن أكل السباع، (٣٨٠٦). سنن أبي داود ٣/ ٣٥٥، والترمذي في الأطعمة: باب ما جاء في كراهية أكل المصبورة، (١٤٧٤). سنن الترمذي ٤/ ٧١.

وفيه احتراز من الضب، والضبع، لأنه ليس له ناب قوي.

[٢٠٨٠/٢] **مسألة:** أكل الضبع مباح، وفي الثعلب روايتان. اختار أبوبكر الخلال تحريمه، واختار أبوبكر صاحبه إباحته(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يباح أكلهما(٢).(٣)

لما روىٰ عبدالرحمن بن عبدالله بن أبي عمار قال: سألت جابر بن عبدالله عن الضبع، فقلت: أآكلها؟ قال: نعم، قال: قلت: أَصَيْدٌ هيَ؟ قال: نعم. قلت: أسمعت ذاك من نبي الله؟ قال نعم»(٤).

ولأنه حيوان يطهر بالذكاة، أو يجوز الانتفاع بجلده، فوجب أن يحل أكله، دليله: النعام، والغزال، والظبي، والأرنب، والوبر، ولايلزم عليه السباع،

---

(١) وبإباحة الضبع والثعلب قال الشافعية، والمذهب عند الحنابلة إباحة الثعلب. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٤؛ والمغني ١٣/ ٣٢١، ٣٤١-٣٤٢؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٩٢-٦٩٣؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٠؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢١٨.

(٣) مذهب الإمام مالك في هذه المسألة: أنه لا بأس بأكل الثعلب، ويحرم أكل الضبع. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦.

(٤) رواه أبوداود في الأطعمة: باب في أكل الضبع، (٣٨٠١). سنن أبي داود ٣/ ٣٥٤، والترمذي في الأطعمة: باب ما جاء في أكل الضبع، (١٧٩١). سنن الترمذي ٤/ ٢٥٢، والدارمي في المناسك: باب في جزاء الضبع، (١٩٤٢). سنن الدارمي ٢/ ١٠٢، وابن الجارود في باب المناسك، (٤٣٨). المنتقى لابن الجارود ص ١١٥، والدارقطني في باب المواقيت، (٤٦)، (٤٧). سنن الدارقطني ٢/ ٢٤٦، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٣٩٦٥) ٩/ ٢٧٨، وقد حكم الترمذي على هذا الحديث بالصحة. انظر: سنن الترمذي ٤/ ٢٥٢، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٤٥.

والبغال، والحمير، لأنها لا تطهر بالذكاة، ولا ينتفع بجلدها[١].

[٢٠٨١/٣] **مسألة:** الضب مباح، وفي اليربوع روايتان[٢] [٣].

خلافاً لأبي حنيفة[٤].

لما روىٰ ابن عمر قال: سُئل النبي ﷺ عن الضب فقال: «لست بآكله، ولا محرمه»[٥].

ولأنه يطهر بالذكاة، أو يجوز الإتفاع بجلده، فكان مباحاً، دليله: الغزال، والأرنب، (والنعام)[٦].

[٢٠٨٢/٤] **مسألة:** يحرم أكل القنفذ، وابن عرس[٧].

خلافاً للشافعي في قوله: مباح [٨] [٩].

---

(١) انظر: المغني ١/ ٩٢.

(٢) أصحهما التحريم. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٤-١٢١٥؛ والمغني ١٣/ ٣٢٦، ٣٤٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٩٢.

(٣) مذهب الإمام مالك، والشافعي في هذه المسألة: أنه لا بأس بأكل الضب واليربوع. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٨-٥٣٩.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٠؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢١٨.

(٥) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب الضب، (٥٥٣٦). صحيح البخاري ٣/ ٤٦٣؛ ومسلم في الصيد والذبائح: باب إباحة الضب، (١٩٣٤) (٣٩)، (٤٠)، (٤١). صحيح مسلم ٣/ ٥٤٢-٥٤٢.

(٦) في المخطوط: (والأنعام).

(٧) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ٣/ ٣٢٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٧٢؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢١٨.

(٨) انظر: كتاب التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٣؛ والمهذب ٢/ ٨٦٨.

(٩) القنفذ مباح أكله عند المالكية ويحرم ابن عرس. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٧؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٣/ ٢٧.

لما روي أن رجلاً سأل ابن عمر عن القنفذ فقرأ عليه ﴿قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ....﴾[1] فقال شيخ عنده: سمعت أباهريرة يقول: ذكر عند النبي ﷺ فقال: «خبيثة من الخبائث» فقال ابن عمر: إن كان النبي ﷺ قاله فهو كما قاله ﷺ»[2]. وهذا يدل على تحريمه.

ولأن ابن عرس من سباع الهوام، والسباع محرمة، بدليل: سباع الوحش.

ولأن ابن عرس قد أخذ شبهاً من السنور في أنه يفرس بنابه الفأر والطيور، وشبهاً من الفأر في الخلقة وكلاهما محرم، وكذلك القنفذ له شبه بالفأر في ذنبه ورأسه، وله شوك يجرح به.

[٢٠٨٣/٥] **مسألة:** حرام أكل كل ذي مخلب من الطير إذا كان قوياً يعدو على أموال الناس ولحومهم وطائرهم، كالبازي، والصقر والعقاب، والفاسق، والشاهين، وكذلك مالا مخلب له إلا أنه يأكل الجيف، كالنسر، والرخم، والغراب، ونحوه[3].

---

(١) الأنعام (١٤٥).

(٢) رواه أبوداود في الأطعمة: باب في أكل حشرات الأرض، (٣٧٩٩). سنن أبي داود ٣/ ٣٥٣، والبيهقي في الضحايا: باب ما روي في القنفذ وحشرات الأرض. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٣٢٦. الجميع من طريق عيسىٰ بن نميله، عن أبيه قال: كنت عند ابن عمر فسأله رجل . . . وهذا الحديث ضعيف السند وذلك لجهالة عيسىٰ بن نميلة ووالده. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٤٤.

(٣) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٢؛ والمغني ١٣/ ٣٢٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٧٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٩٩؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٨.

خلافاً لمالك في قوله: تؤكل الطير كلها[١].

لما روىٰ علي عن النبي ﷺ أنه نهىٰ عن كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير»[٢].

ولأن سباع البهائم لما انقسمت إلىٰ مباح ومحظور، وهو الخنزير والكلب وجب أن تنقسم جوارح الطير إلىٰ مباح ومحظور، وعند مالك لا تنقسم.

[٢٠٨٤/٦] **مسألة:** حشرات الأرض حرام، كالحية، والعقرب / ، والفأرة،[٣١٣] ونحو ذلك[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي مكروهة وغير محرمة[٤] [٥].

لما روت حفصة أن النبي ﷺ قال: «خمس لا جناح علىٰ من قتلهن في حل ولا حرم، الحية، والعقرب، والفأرة، والحدأة، والكلب العقور»[٦]. فلما أباح قتلهن

---

(١) انظر: التفريع ١/ ٤٠٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦.

(٢) رواه مسلم في الصيد والذبائح: باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير، (١٩٣٤) (١٦). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣٤.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٥؛ والمغني ١٣/ ٣٢٣؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٧٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٤٣ـ٥٤٤.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٠؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢١٩.

(٥) جائز عند مالك أكل الحيات ويحرم الفأر. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦ـ٣٧٧؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٣/ ٢٧.

(٦) رواه البخاري في الصيد: باب ما يقتل المحرم من الدواب، (١٨٢٨)، (١٨٢٩). صحيح البخاري ٣/ ١١؛ ومسلم في الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم. (١١٩٨) (٦٧) ـ (٦٨) ـ (٦٩)، (٧١). صحيح مسلم ٢/ ٨٥٧.

ولم يوجب في ذلك الجزاء ثبت أن الأكل محرم، لأن ما هو مباح الأكل من الصيود يمنع المحرم من قتله في الحل، ويمنع المحل من قتله في الحرم

[٢٠٨٥/٧] **مسألة:** البغال والحمير الأهلية يحرم لحمها[١].

خلافاً لمالك في قوله: يكره أكلها ولا يحرم[٢].

لما روىٰ أبوهريرة قال: «حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر الحمار الإنسي»[٣].

وروىٰ سنان بن سلمة، عن أبيه أن رسول الله ﷺ «أمر بلحوم حمر الناس يوم خيبر، وهي في القدور فأكفئت»[٤].

ولأن ما لا ينتفع بظهره من السباع ينقسم: منه ما يحرم، وهو الخنزير، والكلب، يجب أن يكون ما ينتفع بظهره منه ما يحرم[٥].

(١) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١١-١٢١٢؛ والمغني ١٣/ ٣١٧-٣١٩؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٧٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٠؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٧.

(٢) مذهب المالكية في هذه المسألة التحريم وليس الكراهة. انظر: التفريع ١/ ٤٠٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦. جاء في التفريع: «ولا تؤكل الحمر الأهلية، ولا البغال» اهـ. وجاء في الكافي: «لا يحل أكل الحمار الأهلي . . . ولا يجوز أكل البغال كما لا يجوز أكل الحمر» اهـ.

(٣) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب لحوم الإنسية، (٥٥٢١)، (٥٥٢٢)، (٥٥٢٣). صحيح البخاري ٣/ ٤٦١، ومسلم في الصيد والذبائح: باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية، (١٤٠٧) (٢٢). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣٧.

(٤) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب لحوم الإنسية، (٥٥٢٨). صحيح البخاري ٣/ ٤٦٢، ومسلم في الصيد والذبائح: باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية، (١٩٣٧) (٢٦)، (٢٧). صحيح مسلم ٣/ ١٥٣٩.

(٥) كالبغال والحمير.

[٢٠٨٦/٨] **مسألة:** لحوم الخيل مباحة غير مكروهة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحرم أكلها[٢]. [٣]

لما روىٰ جابر أن رسول الله ﷺ «نهىٰ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل»[٤].

ولأن مذبوحه يجوز بيعه، أو مذبوحه طاهر ولا ينجس بالذبح، فوجب أن يحل أكله، أصله: النعم.

[٢٠٨٧/٩] **مسألة:** يحرم استعمال لحوم الجلالة[٥]، وشرب لبنها، وأكل بيضها ما لم تحبس[٦]. قال أبوعبدالله بن بطة في الإبانة الصغير[٧]: قد قيل تحبس الإبل أربعين يوماً، والبقر ثلاثين يوماً، والغنم سبعة أيام، والدجاجة ثلاثة أيام.

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٦؛ والمغني ١٣/ ٣٢٤؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٣٧.

(٢) مذهب أبي حنيفة الكراهة وليس التحريم. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٠؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١٧؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢١٩.

(٣) يكره عند مالك أكل لحم الخيل كراهة لا تحريما. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦.

(٤) رواه البخاري في الذبائح والصيد: باب لحوم الخيل، (٥٥٢٠)، (٥٥٢٤). صحيح البخاري ٣/ ٤٦١ـ٤٦٢، مسلم في الصيد والذبائح: باب في أكل لحوم الخيل، (١٩٤١) (٣٦). صحيح مسلم ٣/ ١٥٤١.

(٥) الجلاَّلة بفتح الجيم، وتشديد اللام: التي هي أكثر أكلها العذرة. انظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٧٠؛ والمطلع ص ٣٨٢.

(٦) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٣٠؛ والمغني ١٣/ ٣٢٨ـ٣٢٩.

(٧) هذا المؤلف أصله في العقيدة وذكر فيه بعض الفروع الفقهية وعنوانه الشرح والإبانة علىٰ أصول السنة والديانة ومجانبة المخالفين ومباينة أهل الأهواء المارقين. وقد حققه د/ رضا بن نعسان معطي، ونشرته المكتبة الفيصلية بمكة المكرمة عام ١٤٠٤هـ وانظر قوله فيه ص ٣١٠.

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يحرم أكلها، ولا شرب لبنها، وأكل بيضها[(١)].

لما روىٰ ابن عمر قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها»[(٢)]، وفي لفظ آخر: «نهىٰ عن الجلالة في الإبل أن يركب عليها، أو يشرب من ألبانها»[(٣)].

ولأنه حيوان حكم بنجاسة بوله وروثه، فحكم بتحريم لحمها، دليله: سباع البهائم، وجوارح الطير، والبغل، والحمار الأهلي، ولايلزم عليه غير الجلالة من الحيوان المباح، لأنه محكوم بطهارة بوله وروثه، فلهذا كان مباحاً.

ولأنه أحد نوعي الحيوان فانقسم المحرم منه إلىٰ تحريم مؤبد وتحريم مؤقت، دليله: الآدمي المحرم منه ينقسم منه إلىٰ تحريم مؤبد وهن ذوات المحارم، ومؤقت وهي المعتدة

(١) أكثر الفقهاء علىٰ كراهية أكل لحوم الجلالة، وشرب لبنها وأكل بيضها، منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، وقول للإمام أحمد، وإسحاق بن راهويه. انظر: الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم ٣/ ٢١٣-٢١٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤١٢؛ وشرح الخرشي علىٰ مختصر خليل ٣/ ٢٦؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٤٤.

(٢) رواه أبوداود في الأطعمة: باب النهي عن أكل لحوم الجلالة وألبانها (٣٧٨٥) سنن أبي داود ٣/ ٣٥٠، والترمذي في الأطعمة: باب ما جاء في أكل لحوم الجلالة، وألبانها، (١٨٢٤). سنن الترمذي ٤/ ١٧٠؛ وابن ماجة في الذبائح: باب النهي عن لحوم الجلالة، (٣١٨٩). سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٦٥، والبيهقي في الضحايا: باب ما جاء في أكل الجلالة وألبانها. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٢٣٢. وقد حكم الترمذي علىٰ هذا الحديث بالصحة. انظر: سنن الترمذي ٤/ ٢٧٠، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٤٩.

(٣) رواه أبوداود في الأطعمة: باب النهي عن أكل لحوم الجلالة وألبانها (٣٧٨٥) سنن أبي داود ٣/ ٣٥٠، والترمذي في الأطعمة: باب ما جاء في أكل لحوم الجلالة، وألبانها، (١٨٢٤). سنن الترمذي ٤/ ١٧٠؛ وابن ماجة في الذبائح: باب النهي عن لحوم الجلالة، (٣١٨٩). سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٦٥، والبيهقي في الضحايا: باب ما جاء في أكل الجلالة وألبانها. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٢٣٢. وقد حكم الترمذي علىٰ هذا الحديث بالصحة. انظر: سنن الترمذي ٤/ ٢٧٠، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ١٤٩.

عن طلاق باين، وعندهم ليس فيه تحريم مؤقت بل جيمع المحرم مؤبد.

ولأنه غير ممتنع أن يكون مُضي الزمان علة في التطهير، كالماء إذا تغير بالنجاسة ومضى عليه زمان انقطعت الرائحة حكم بالطهارة[1]، كذلك ها هنا إذا مضى عليها / زمان انقطعت فيه الرائحة المنتنة أن يحكم بطهارتها، ولهذا قالوا: الكراهة [٣١٤] تزول بزوال الرائحة التي أنتن بها، كأكل النجاسة.

[**٢٠٨٨/١٠**] **مسألة:** في الزروع والثمار إذا كان سقيها الماء النجس وعلفها النجاسات حرم أكلها، وحكم بنجاستها[2].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يحرم[3].

لأن غذاءه حصل بالنجاسات، فيجب أن يمنع من أكله، كالجلالة، وقد دللنا على صحة ذلك، وإن شئت قسته على الرخم، والنسر، والغراب.

[**٢٠٨٩/١١**] **مسألة:** لا يأكل المضطر من الميتة إلا مقدار ما يمسك رمقه، ولا يشبع منه[4].

---

(١) انظر: المغني ١/ ٥٢.

(٢) وهو أحد قولي مالك. انظر: المغني ١٣/ ٣٣٠؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٣٠؛ والذخيرة ١/ ١٨٨.

(٣) منهم الحنفية، والشافعية، وأحد قولي مالك. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٢٦؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٤٥؛ والذخيرة ١/ ١٨٨.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٢-١٢١٣؛ والمغني ١٣/ ٣٣٠؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٧٧-٦٧٩؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٣١؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٥١٨.

خلافاً للشافعي، والثانية: يجوز له الشبع منها(١).

لأن الإباحة متعلقة بشرط الضرورة، بدليل: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾(٢)، فإذا أكل منها ما يمسك رمقه زالت الضرورة، فوجب أن تزول الإباحة لعدم شرط الإباحة.

ولأن خوف التلف على نفسه معدوم في هذه الحالة، فلا يجوز له الأكل منها، دليله: حالة الابتداء، ولا يلزم عليه طعام الغير عند الضرورة، لأنه يأكل منها ما يمسك رمقه.

[**٢٠٩٠/١٢**] **مسألة:** إذا وجد المضطر الميتة وطعاماً حلالاً مالكه غير حاضر أكل الميتة ولم يأكل الطعام(٣).

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يأكل طعام الغير(٤).

لأن تحريم الميتة حق لله تعالى، وتحريم طعام الغير لحق آدمي، فكان الإقدام على حق الله تعالى أولى، لأنها مبنية على المسامحة والمساهلة، وحق الآدمي على الشح والمضايقة، فكان الأسهل أولى.

---

(١) للشافعي في هذه المسألة قولان: الأول: يأكل ما يسد رمقه، والثاني: له الشبع منها، أما مالك فيجوز عنده للمضطر أن يشبع من الميتة، ويتزود منها لحاجته إليها حتى يجد الذكي، أو غيره من الطعام الحلال فيحرم عليه مابيده منها. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٤؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٤٩؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٨.

(٢) الأنعام (١١٩).

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٤؛ والمغني ١٣/ ٣٣٧؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٨٩.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٤؛ وروضة الطالبين ٢/ ٥٥٠-٥٥١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٩.

ولأنه إذا أكل الميتة كان بريء الذمة، وإذا أكل طعام الغير تعلق البدل بذمته، فكان بغير بدل أسهل عليه.

ولأن الميتة حلت للمضطر نصاً[١]، وطعام الغير باجتهاد، فكان ما ثبت بالنص مقدماً على ما ثبت بالإجتهاد.

[٢٠٩١/١٣] **مسألة:** إذا وجد المضطر آدمياً ميتاً لم يحل له الأكل منه، قياساً على قوله[٢]. [٣]

خلافاً لأبي حنيفة، وأصحاب الشافعي[٤].

لأن حرمته لم تسقط بموته، ألا ترى أنه لا يباح أكل لحم البهائم[٥]، ولا رميه على المزابل، فإذا كانت حرمته باقية لم يجز أكله، دليله: حال الحياة.

[٢٠٩٢/١٤] **مسألة:** شحوم اليهود المحرمة عليهم تحريمها باق عليها إلى وقتنا هذا، سواء كانوا هم المتولين لذكاتها أو غيرهم، وهي شحم الثرب[٦]،

---

(١) قال تعالى: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٧٣].

(٢) هكذا بالمخطوط.

(٣) هذا أحد الوجهين عند الحنابلة، وبه قال المالكية. والمذهب عند الحنابلة الإباحة، لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت. انظر: المغني ٣/ ٣٣٩؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٣٢؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٣/ ٢٨.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٠؛ والمهذب ١/ ٢٥١.

(٥) هكذا بالمخطوط.

(٦) شحم الثرب: شحم قد غشى الكرش والأمعاء رقيق. انظر: مختار الصحاح، مادة «ثرب».

وشحم الكليتين، وذلك محرم على المسلمين إذا تولى ذكاتها اليهود، وأما إذا تولى ذكاتها غيرهم لم يحرم على المسلمين، وكذلك كل ذي ظفر(١).

قال قتادة: الإبل والنعام والبط، وكل شيء ليس بمشقوق الأصابع.

وعن مجاهد: النعامة والبعير وكل شيء لم يفرج من قوائم البهائم / ، فأما ما [٣١٥] انفرج أكلته اليهود، مثل الدجاج، والعصافير(٢).

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: إن ذلك مباح(٣). (٤)

فيدل على بقاء تحريم ذلك على اليهود: قوله تعالى: ﴿ **وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا** ﴾ (٥) قال [أبو](٦) صالح(٧): (إلا ما حملت ظهورهما) الإلية (والحوايا) المبعر، (أو ما اختلط بعظم) ما بالمبعر من الشحم(٨). والله تعالى حرم عليهم ذلك، وقال بأن ذلك التحريم يتبعهم، وقال العلة باقية في حقهم فكان التحريم باقياً، ولا يصح دعوى النسخ بشريعتنا، لأن ورود شريعتنا لا يوجب نسخ ما قبلها من الشرع، بل شرع

---

(١) انظر: المغني ١١/ ٥٧ نشر دار الكتاب العربي.

(٢) انظر: تفسير الطبري ١٢/ ١٩٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٧؛ والمجموع شرح المهذب ٩/ ٧١.

(٤) مذهب مالك في هذه المسألة الكراهة. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٨.

(٥) الأنعام (١٤٦)

(٦) ساقط من المخطوط. انظر: فتح القدير للشوكاني ٢/ ١٦١.

(٧) لم أقف على معرفته.

(٨) انظر: فتح القدير للشوكاني ٢/ ١٦٦.

من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه، ففي الآية ما يمنع النسخ، وهو أنه جعل ذلك التحريم لبعضهم، وهذا مستدام، فإذا ثبت تحريم ذلك عليهم فنقول: ما كان محرماً على ذابحه كان محرماً على غيره، دليله: الدم، وذبيحة المجوسي، والمرتد.

وغير ممتنع أن يحرم إذا تولى غيره، ولا يحرم إذا تولاه بنفسه، كالذي يذبحه المجوسي والمرتد لو تولى المسلم ذبحه كان مباحاً، ولو تولاه المجوسي والمرتد كان محرماً، ولأنه إذا [ ][1] لم يحصل مقصوداً كالذكاة، وإذا تولاه اليهود لا يحصل مقصوداً بالذكاة، والقصد معتبر في الذكاة من الوجه الذي ذكرنا، فأما تحريمه في حقهم فإن تولوا ذبحه حصل تحريمه لعلتين، أحدهما: أنه غير مقصود، والثاني: حصول البغي منهم كما قلنا في نكاح الأمة الكتابية يحرم لعلة وهي الكفر، والمجوسية لعلتين: الكفر، وعدم الكتاب[2].

ولأن الذابح غير قاصد إلى حصول الذكاة في الشحم، والقصد معتبر في ذلك، ولهذا قال أبو حنيفة: لو رمى عرضاً فأصاب صيداً لم يؤكل. وكذلك لو أرسله على بهيمة محرمة لم تؤكل[3]، وكذلك لو أرسل كلبه على الهدف فأصاب صيداً لم يبح أكله عند الشافعي لعدم القصد[4]، كذلك هاهنا الذابح غير قاصد إلى

(١) بياض بالمخطوط مقداره كلمة واحدة.
(٢) انظر: مسألة (١٦/ ١٢٦٧).
(٣) انظر: مختصر اختلاف الفقهاء ٣/ ١٩٩.
(٤) انظر: المهذب ٢/ ٨٨٩.

ذكاة الشحم فلم يبح أكله.

[٢٠٩٣/١٥] **مسألة:** إذا اجتاز ببستان غيره، وفيه فاكهة رطبة، وليس عليه حائط جاز له الأكل منه من غير ضرورة ولا ضمان عليه[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يباح[٢].

لما روى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أتى أحدكم حائطاً فأراد أن يأكل فليناد صاحب الحائط ثلاثاً، فإن أجابه وإلا فليأكل، وإذا مر أحدكم بإبل فأراد أن يشرب من ألبانها فليناد يا صاحب الإبل، أو يا راعي الإبل، فإن أجابه وإلا فليشرب»[٣].

ولا يصح حمله / على الضرورة، لأنه يسقط فائدة التخصيص. [٣١٦]

ولأنه قد ثبت من أصلنا أن ما يأكله صاحب الأرض من الثمرة لا تحتسب عليه زكاته إذا كان بالمعروف، وقد دل عليه حديث سهل بن أبي خيثمة أن رسول ﷺ

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٣؛ والمغني ١٣/ ٣٣٣ـ٣٣٥؛ وشرح الزركشي ٦/ ٦٨١ـ٦٨٢.

(٢) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد. انظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٦٣٩؛ والذخيرة ٨/ ٢٥٨؛ المغني ١٣/ ٣٣٤ـ٣٣٥؛ وحلية العلماء ٣/ ٤١٧؛ والمهذب ١/ ٢٥١.

(٣) رواه ابن ماجة في التجارات: باب من مر على ماشية قوم أو حائط، هل يصيب منه؟ (٢٣٠٠). سنن ابن ماجة ٢/ ٧٧١. وأبويعلى الموصلي في مسنده، (١٢٤٤). مسند أبي يعلى ٢/ ٤٣٩، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٥٢٨١) ١٢/ ٨٧، والحاكم في الأطعمة، (٧١٨٠/ ١٠٨). المستدرك على الصحيحين ٤/ ١٤٧، وقد حكم الحاكم والألباني على هذا الحديث بالصحة. انظر: المستدرك على الصحيحين ٤/ ١٤٧، وصحيح سنن ابن ماجة ٢/ ٣١.

قال: «وإذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا الثلث فدعوا الربع»[(١)].
وإذا ثبت هذا في الثمرة التي تعلق بها حقوق الفقراء، كذلك هاهنا.

ولأنه لو جاز أن يضحي مضح بشاة بعينها جاز له أن يأكل منها عندهم[(٢)]، وعندنا[(٣)] أيضاً على ما ذكر أبوبكر في كتاب التفسير مع تعلق حق الفقراء، كذلك هاهنا.

ولأن تعلق حق الغير بالطعام المغنوم مع تعلق حق الغانمين، كذلك هاهنا.

ولامعنى لقولهم: إن هناك ضرورة، وهو انقطاع الميرة. لأن الضرورة لا تسقط الضمان، كمن اضطر إلى طعام الغير[(٤)]، ولما سقط الضمان هناك، كذلك هاهنا.

[**٢٠٩٤/١٦**] **مسألة**: الضيافة على المسلمين بعضهم لبعض جائزة إذا اجتاز بهم المسافرون، ومدة الواجب منها ليلة، ومتى امتنع المقيم من ذلك كان ديناً في

---

(١) رواه أبوعبيد في الأموال ص ٤٨٦، (١٤٤٨)، وابن زنجويه في الأموال: ٣/ ١٠٧٣، (١٩٩٢)، والإمام أحمد في المسند، حديث سهل بن أبي خيثمة، (١٥٧١٣). المسند ٥/ ٣٣١، وأبوداود في الزكاة: باب في الخرص، (١٦٠٥). سنن أبي داود ٢/ ١١٣، والترمذي في الزكاة: باب ما جاء في الخرص، (٦٤٣). سنن الترمذي ٣/ ٢٦، والنسائي في الزكاة: كم يترك الخارص، (٢٢٧٠/ ١). السنن الكبرى للنسائي ٢/ ٢٢، وقد ضعف هذا الحديث الألباني. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص١٦٠.

(٢) انظر: ملتقى الأبحر ٢/ ٢٢٢؛ والتلقين في الفقه المالكي ١/ ٢٦٤.

(٣) انظر: منار السبيل ١/ ٢٧٥.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٣٣٩-٣٤٠.

ذمته[١].

خلافاً لأكثرهم: لا تجب[٢].

لما روىٰ أحمد بإسناده عن أبي كريمة رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ «ليلة الضيف واجبة علىٰ كل مسلم، فإن أصبح بفنائه كان ديناً عليه إن شاء اقتضاه، وإن شاء تركه»[٣]. ولا تصح دعوىٰ النسخ، لأن ذلك يحتاج إلىٰ دليل.

ولأنها ضيافة تدعو الحاجة إليها في الغالب، فكانت واجبة، دليله: الضيافة علىٰ أهل الذمة، وقد شرط عمر عليهم ثلاثة[٤] أيام، وفيه رواية أخرىٰ: ليله[٥].

ولأن فيه ضرباً من المصلحة، وهو أنه متىٰ لم تجب الضيافة إن نزل بأهل قرية موسر لم يبايعوه إلا بزيادة في القيمة لحاجته.

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٣٥٢-٣٥٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٣٣.

(٢) منهم الشافعية. انظر: حلية العلماء ٣/ ٤١٨.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسند المقدام بن معد يكرب، (١٧١٧٢). المسند للإمام أحمد ٦/ ٩١، والطيالسي في حديث المقدام بن معد يكرب، (١١٥١). مسند الطيالسي ص ١٥٧، وأبوداود في الأطعمة: باب ما جاء في الضيافة، (٣٧٥٠) سنن أبي داود ٣/ ٣٤٢، وابن ماجة في الآداب: باب حق الضيف، (٣٦٧٧). سنن ابن ماجة ٢/ ١٢١٢، وقد صححه الألباني. انظر: صحيح سنن أبي داود ٢/ ٧١٥.

(٤) رواه عبدالرزاق في الجزية (١٠٠٩٠)، (١٠٠٩٦) المصنف ٦/ ٨٥و٨٦و٨٨، والبيهقي في الجزية: باب الضيافة في الصلح ٩/ ١٩٦ الجميع من طريق نافع عن أسلم مولىٰ عمر بن الخطاب. وإسناد عبدالرزاق صحيح.

(٥) رواه البيهقي في الجزية: باب الضيافة في الصلح ٩/ ١٩٦ من طريق هشام ثنا قتادة، عن الحسن، عن الأحنف بن قيس موقوفاً علىٰ عمر رضي الله عنه.

ولا يصح أن يقال: إذا شرط الإمام على أهل الذمة صارت جزية. لأنها لو كانت جزية لم يجز للإمام إسقاطها، كما لم يجز له النقصان من الدينار.

ولا يصح قولهم: إنه كان في صدر الإسلام، وكان بهم فاقة، لأن المسافر به حاجة، ولهذا يأخذ الزكاة.

كتاب الضحايا[1]

[٢٠٩٥/١] **مسألة:** الأضحية مستحبة وليست بواجبة[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هي واجبة على الغني الحاضر[3].

لما روى أبو الحسين بإسناده عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث هن عليَّ فرائض وهن لكم تطوع: النحر، والوتر، وركعتا / الفجر»[4]. [٣١٧]

ولأنها ذبيحة لا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم، دليله: العقيقة، وكل من لم تلزمه الأضحية إذا كان مسافراً لم تلزمه إذا كان حاضراً، دليله: من لا يملك نصاباً، يبين صحة هذا: أن الأضحية تتعلق بالذمة فلا يعتبر في وجوب ذلك النصاب، كالحج، والنذر، والكفارات.

---

(١) الضحايا: جمع أضحية بضم «الهمزة» وكسرها، وتشديد «الياء» سميت بذلك، لأنها تذبح في ضحى يوم النحر. انظر: الدر النقي ٣/ ٧٩٠.

وشرعاً: هي اسم لما يذبح في أيام النحر بنية القربة إلى الله تعالى. انظر: التعريفات للجرجاني ص ٤٥.

(٢) وهو المشهور من مذهب المالكية، وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٩؛ والمغني ٣/ ٣٦٠؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٥٦؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦١.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٣؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٢٢.

(٤) رواه الإمام أحمد في مسند عبدالله بن عباس، (٢٠٥٠). مسند الإمام أحمد ١/ ٤٩٨، والدارقطني في الوتر: باب صفة الوتر وأنه ليس بفرض وأنه صلى الله عليه وسلم كان يوتر على البعير، (١). سنن الدارقطني ٢/ ٢١. الجميع من طريق أبي جناب الكلبي، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن رسول الله ﷺ. وأبو جناب اسمه يحيى بن أبي حية. قال ابن حجر عنه: ضعفوه لكثرة تدليسه. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٣٤٦، إذا فالحديث سنده ضعيف.

ولأنها لو كانت واجبة ما سقطت بمضي الوقت إلا عن بدل، كسائر الواجبات، ولايلزم عليه رمي الجمار، والجمعة، لأن ذلك يسقط إلىٰ بدل، فبدل الجمعة الظهر، وبدل الرمي الدم.

[**٢٠٩٦/٢**] **مسألة**: إذا دخل العشر من ذي الحجة وأراد أن يضحي كره له أن يأخذ من شعره وظفره[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يكره[٢].

لما روت أم سلمة عن النبي ﷺ قال: «إذا دخلت أيام العشر وأراد أحد أن يضحي فلا يمس شعره ولا من بشره»[٣]. وهذا نهي وأقل أحوال النهي الكراهة.

ولأن المأمور به منه ما ندبوا إليه اقتداء بالمحرمين، وهو التكبير والنحر، ومنه مالم يندبوا إليه، وهو التلبية وبقية المناسك، يجب أن يكون في الممنوع منه ما تعلق به المنع، وليس إلا أخذ الشعر، والتقليم.

[**٢٠٩٧/٣**] **مسألة**: أفضل ما يضحىٰ به الإبل، ثم البقر، ثم الغنم[٤].

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢١٩ـ١٢٢٠؛ والمغني ١٣/ ٣٦٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٨ـ٩؛ ومعالم السنن للخطابي ٢/ ١٩٦؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٨.

(٢) انظر: إعلاء السنن ١٧/ ٢٦٨.

(٣) رواه مسلم في الأضاحي: باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة، وهو مريد التضحية أن يأخذ من شعره أو أظفاره شيئاً، (١٩٧٧) (٣٩). صحيح مسلم ٣/ ١٥٦٥.

(٤) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٣٦٦؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٧٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦٦.

خلافاً لمالك في قوله: أفضلها الغنم، ثم البقر، ثم الإبل(١).

لما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن أفضل الرقاب قال: «أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها»(٢). والبدنة أغلىٰ ثمناً وأنفس، وكذلك البقر، وقول النبي ﷺ: «من راح يوم الجمعة في الساعة الأولىٰ فكأنما قرب بدنه، وفي الثانية، فكأنما قرب بقره، وفي الثالثة كبشاً»(٣).

ولأن البدنة أقيمت مقام سبع من الغنم، يجب أن تكون في الضحايا كذلك، ولا اعتبار بطيبه اللحم، لأن هذا يوجب أن يكون الجذع من الضأن أفضل من الجذعة من الضأن، والثنية من المعز، لأنه أطيب لحماً.

[٢٠٩٨/٤] **مسألة:** لا يجوز أن يضحىٰ، بعضباء، وهو ما ذهب أكثر قرنها(٤).

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي(٥).

لما روىٰ علي أن النبي ﷺ نهىٰ أن يضحىٰ بعضباء الأذن والقرن»(٦). والنهي

---

(١) انظر: التفريع ١/ ٣٩٠؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٦٠.

(٢) رواه البخاري في العتق: باب أي الرقاب أفضل، (٢٥١٨) صحيح البخاري ٢/ ٢١٣.

(٣) رواه البخاري في الجمعة: باب فضل الجمعة، (٨٨١). صحيح البخاري ١/ ٢٨١، ومسلم في الجمعة: باب الطيب والسواك يوم الجمعة، (٥٨٠) (١٠). صحيح مسلم ٢/ ٥٨٢.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢١-١٢٢٢؛ والمغني ١٣/ ٣٧٠-٣٧١؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٣، ١٦؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٦٦.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٧؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦٥.

(٦) رواه أبوداود في الضحايا: باب ما يكره من الضحايا، (٢٨٠٥). سنن أبي داود ٣/ ٩٨، وابن ماجة في الأضاحي: باب ما يكره أن يضحي به، (٣١٤٥). سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٥١، والنسائي في الضحايا: العضباء، (٤٤٦٧/ ١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٣/ ٥٦، والحاكم في الأضاحي، (٧٥٣٠/ ١٤). المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ٢٤٨-٢٤٩، والمحاملي في أماليه ص ١٥٦، (١٢٥)، والبيهقي في الضحايا: باب ماورد النهي عن التضحية به. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٩/ ٢٧٥. وقد حكم الألباني علىٰ هذا الحديث بأنه منكر. انظر: إرواء الغليل ٤/ ٣٦١.

يدل على التحريم.

ولأن القرن إذا كان مكسوراً وكان يدمي فهو مرض من الأمراض بها فهو بمثابة العجفاء[1]، وإن لم يكن يدمي فإنه يضر بها، أيضاً إذا نطحت به شيئاً، أو نطحها غيرها، فإن يحدر له البدن وينقص لحمها منه، ولهذا المعنىٰ لم تجز الأضحية بعامية العين وإن كان العضو باقياً، لأنها لا تتأمل مواضع العلف، فتهزل وينقص لحمها.

ولأنه عضب في الحيوان فمنع، دليله: / إذا كان في الأذن[2]. [٣١٨]

ولا معنىٰ لقولهم: إن الأذن عضو مستطاب، فلهذا منع [ ][3]، والقرن غير مأكول. لأن فقده يؤثر في لحمها، كما يؤثر ذهاب الضوء في لحمها.

[**٢٠٩٩/٥**] **مسألة:** لا يجوز ذبح الأضحية قبل صلاة الإمام، ويجوز بعدها قبل ذبح الإمام، ولا فرق بين أهل القرىٰ والأمصار، فإن كان في القرىٰ صلاة عيد لم يجز قبلها، وإن لم يكن مصلىٰ فيها اعتبرنا وقت صلاة الإمام وخطبته[4].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لايجوز ذبحها قبل الصلاة ويجوز بعدها في حق أهل الأمصار، وأما المسافر وأهل السواد، فيجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر[5].

---

(١) العجفاء: هي التي ذهب مخها من شدة هزالها. انظر: روضة الطالبين ٢/ ٤٦٤، والمغني ١٣/ ٣٧٠.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٣٧٠.

(٣) بياض بالمخطوط مقداره كلمتين. وتقديرهما: «من التضحية بعضباء الأذن»

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٦ـ١٢٢٧؛ والمغني ١٣/ ٣٨٤ـ٣٨٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٣ـ٣٧، ٤٠ـ٤١.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٥، وملتقى الأبحر ٢/ ٢٢٣.

وخلافاً لمالك في قوله: لا تجوز إلا بعد صلاة الإمام وذبحه[1].

وخلافاً للشافعي في قوله: وقت الذبح إذا مضىٰ من الوقت مقدار ما يصلىٰ فيه ركعتين وخطبيتين بعدها، وهذا بعد دخول وقت صلاة العيد، وهو أن ترتفع الشمس[2].

فالدلالة علىٰ الشافعي: ما روي أحمد بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أول ما نبدأ به في يومنا هذا نصلي، ثم نرجع فننحر، فمن فعل ذلك فقد أصاب سنتنا، ومن ذبح فإنما هو لحم قدمه لأهله ليس من النسك في شيء»[3]. ولا يصح حمل الخبر علىٰ وقت الصلاة، لأنه قال: «أول ما نبدأ أن نصلي، ثم نرجع فننحر» وهذا لا يعبر به عن الوقت لا حقيقة ولا مجازاً.

ولأنه لما شرع جوازها نادىٰ الصلاة في وقتها لم يجز فيه، كالعصر[4] مع العصر في الجمع.

ولأنه ذبح مع بقاء الخطاب عليه بصلاة العيد في وقتها، وجب أن لا يجوز، دليله: وقت مضىٰ وقت[4] يمكن فيه الصلاة، ولايلزم عليه ما بعد الزوال، واليوم

---

(١) انظر: التفريع ١/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٦٦.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨١؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦٨.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسند الكوفيين، حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، (١٨٥٠٧). مسند الإمام أحمد ٦/ ٤٠٢، والبخاري في الأضاحي: باب سنة الأضحية، (٥٥٤٥)، وفي باب من ذبح قبل الصلاة أعاد، (٥٥٦١). صحيح البخاري ٤/ ٥، ٨، ومسلم في الأضاحي: باب وقتها، (١٩٦١) (٧). صحيح مسلم ٣/ ١٥٥٣.

(٤) هكذا بالمخطوط. والمعنىٰ غير واضح.

الثاني، والثالث إذا لم يصل الإمام، لأنها تفعل في غير وقتها.

والدلالة على جوازها قبل ذبح الإمام خلاف مالك قول النبي ﷺ في حديث البراء: «إنما الذبح بعد الصلاة»(١). فلو كان ذبحه شرطاً لذكره كما ذكر الصلاة.

ولأنه ذبح بعد صلاة الإمام وخطبته، أشبه لو ذبح بعد ذبحه.

والدلالة على أن أهل القرى لايجوز ذبحهم قبل الصلاة: حديث البراء، وهو عام، وكل وقت لم يجز لأهل الأمصار أن يذبحوا فيه لم يجز لأهل القرى أن يذبحوا فيه، دليله: قبل طلوع الفجر(٢).

[٢١٠٠/٦] **مسألة:** وقت الأضحية يوم النحر ويومان بعده(٣).

خلافاً للشافعي في قوله: يوم النحر وأيام منى كلها إلى المغيب(٤).

لأنه قول خمسة من الصحابة عمر، وعلي، / وابن عمر، وابن عباس، وأبي [٣١٩] هريرة(٥).

ولأن اليوم الرابع أبيح له الانصراف إلى أهله قبل عوده، أو نقول: وقت لا

---

(١) رواه البخاري في الأضاحي: باب الذبح بعد الصلاة، (٥٥٦٠)، وفي باب من ذبح قبل الصلاة أعاد، (٥٥٦١) صحيح البخاري ٤/ ٨، ومسلم في الأضاحي: باب وقتها، (١٩٦٠) (٢) ، (٣). صحيح مسلم ٣/ ١٥٥١ـ١٥٥٢.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٣٨٥.

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٦ـ١٢٢٧؛ والمغني ١٣/ ٣٨٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٣ـ٣٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٦؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٧٥.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨١؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦٨.

(٥) انظر: المغني ١٣/ ٣٨٦.

يجب فيه الرمي، أو يوم لا يجب فيه المقام بمنىٰ فلا يكون وقتاً للذبح فيه، دليله: اليوم الخامس.

[٢١٠١/٧] **مسألة:** يجوز ذبح الأضحية والهدي ليلاً[(١)].

خلافاً لمالك، والثانية[(٢)].

لأن الليل أحد الزمانين، فصح ذبح الأضحية في جنسه، دليله: النهار.

[٢١٠٢/٨] **مسألة:** يجوز أن يذبح الهدي والأضحية كتابي[(٣)].

خلافاً لمالك، والثانية: لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم[(٤)].

لأن القربة إنما تعتبر في الأضحية حال إيجابها ونذرها دون حالة الذبح، بدلالة: أن من نذر أضحية ثم نسيٰ فذبحها، وهو يظن أنها شاة لحم أجزأت، وإن كانت القربة معدومة منه حال الذبح، وأكثر ما في ذبح الكافر عدم القربه منه، فلم يؤثر ذلك.

[٢١٠٣/٩] **مسألة:** إذا اشترىٰ شاة، ونوىٰ في حال الشراء أن تكون أضحية

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٧ـ١٢٢٨؛ والمغني ١٣/ ٣٨٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٣٧٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٦؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦٨.

(٢) انظر: التفريع ١/ ٣٨٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٦٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٧.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ١٣/ ١٢٢٨؛ والمغني ١٣/ ٣٨٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٣؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٧٥؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤١٠؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٦٨.

(٤) انظر: التفريع ١/ ٣٩٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٧٦؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٨.

لم تكن أضحية إلا أن يكون يوجبها بالقول[١].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٢]: تكون أضحية بالنية[٣].

لأنه عقد قربة يصح بالنطق، فلا يصح بالشراء مع النية، أصله: الوقف، والعتق بالصفة[٤]، وذلك أنه لو ابتاع عبداً لله ونوىٰ عتقه، أو ابتاع أرضاً ونوىٰ إيقافها لم يعتق، ولم تصر وقفاً، ولايلزم عليه إذا اشترىٰ عروضاً بنية التجارة أن الحول ينعقد بذلك ويجب إخراج الزكاة منه إذا تم الحول، لأن ذلك لا يصح بالنطق، لأنه إذا ملك المتاع بنية القنية، ثم قال: جعلته للزكاة. لم يصر للزكاة ولم ينعقد الحول عليه بهذا القول، ولايلزم عليه شراء الوكيل للموكل بالنية أنه يصح، وكذلك شراء الوصي الرقبة للموصي يعتقها بالنيه أنه تعتق بذلك، لأنه ليس بقربه.

[٢١٠٤/١٠] **مسألة:** يجوز شرب لبن الأضحية والهدي إذا استغنىٰ عنه الولد[٥].

---

(١) وبه قال المالكية، وهو المشهور الجديد عن الشافعي. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٣؛ والمغني ١٣/ ٣٧٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٦٢؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٧.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٣.

(٤) أي لا يصح بالنية فقط، ولابد من التلفظ بالوقف والعتق. امظر: المغني ١٣/ ٣٧٧.

(٥) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٣٧٦؛ والمقنع لابن قدامة ١/ ٤٧٧؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٩٤.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز شرب لبنها، ولا ينتفع بها في حياتها بجز صوفها وحلب لبنها[١]. [٢]

لأن اللبن لم يزل في الضرع تعقد الضرع، ويضر بالأضحية، ويحدث لها وجعاً وسقماً، فإن حلبها لم يبق اللبن إلى المحل وفسد، فرخص له في شربه، كالمركوب، ويخالف الصوف والولد، لأن الولد يمكن سرقه، والصوف لا ضرر عليها في تركه[٣].

[٢١٠٥/١١] **مسألة:** لا يجوز بيع جلد الأضحية[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يشتري به متاع البيت مثل الغربال، والمنخل، ولا يشتري به ما يؤكل[٥].

لأن ما لا يجوز بيعه بغير متاع البيت لم يجز بيعه بمتاع البيت، كاللحم.

ولأنه جزء من أجزاء الأضحية، فلا يجوز بيعه، كاللحم.

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٩ـ٤١٠.

(٢) مذهب المالكية في هذه المسألة كراهية شرب لبن الأضحية والهدي ولو لم يكن لها ولد. انظر: تقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٢/ ١٢٢.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٣٧٦.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٢٥ـ١٢٢٦؛ والمغني ١٣/ ٣٨٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٩ـ٣٠؛ وحاشية مقنع ابن قدامة ١/ ٤٧٧؛ وتنوير المقالة ٣/ ٥٧٧؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٩٣.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٩؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٢٤ـ٢٢٥؛ والمغني ١٣/ ٣٨٢.

[**٢١٠٦/١٢**] **مسألة:** إذا نذر أن يضحي بشاة بعينها، فلم يذبحها حتى مضت أيام النحر ذبحها وفعل بها ما كان يفعل في وقتها[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا مضت / أيام الذبح سقط الذبح ولزمه أن [٣٢٠] يتصدق بها، وإن ذبحها بعد أيام النحر تصدق بها، والنقصان الحادث بالذبح[٢].

لأن الذبح واجب في أداء الأضحية، وكل ما وجب في أداء العبادة وجب في قضائها، دليله: شرائط الصلاة، والصيام، والحج، فإن ما يجب فيها من فعل أو قول يستوي فيه الأداء والقضاء، كذلك هاهنا، ولايلزم عليه الجمعة أنه لا يعتبر في قضائها ما يعتبر في أدائها من الخطبة والعدد، لأن الجمعة تسقط بفواتها ولا يجب قضاؤها، وإنما يجب الانتقال إلى بدلها، وهو الظهر، لأن الغرض في يوم الجمعة هو الجمعة، ولا يلزم عليه من فاتته صلاة في الحضر فأراد قضاءها في السفر، فإنه يقضيها صلاة حضر كما كان يؤديها[٣]، ولايلزم عليه إذا فاتت أنه يسقط الأذان في القضاء، لأن الأذان ليس بواجب في الأداء، فلم يجب في القضاء، ولايصح قولهم: إن الأضحية لاتقضى، بل تسقط بفوات وقتها. لأن إخراجها إلى أهلها واجب بالإجماع لأجل النذر المتقدم، فدل على أنها لم تسقط.

[**٢١٠٧/١٣**] **مسألة:** إذا ذبح أضحية غيره بغير إذنه ونواه إياها أجزأت عن

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣٠؛ والمغني ١٣/ ٣٨٧؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ١٢٥؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤٠٦؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٢٣.

(٣) انظر: المغني ٣/ ١٤١.

صاحبها [و](1) أنه لا ضمان عليه(2).

خلافاً لداود، ورواية عن مالك: لا تجزيء(3).

وخلافاً للشافعي في[قوله](4): تجزيء عن صاحبها، ويضمن الذابح النقصان، ويتصدق به(5).

فالدلالة على أنها تجزيء: أن هذا الذبح مأذون فيه من جهة العرف، لأن الناس لا يتولون ذبح أضاحيهم بأنفسهم، وإنما يتولى لهم غيرهم.

ولأن القربة تحصل بإيجابها، ولا يعتبر التقرب بذبحها، بدليل: أن الإيجاب لا يصح إلا من أهل الإيجاب، والذبح لا يفتقر إلى نية، بدليل: أنه لو ذبحها من يعتقدها شاة لحم أجزأته.

والدلالة على (عدم)(6) الضمان: أنها أضحية واقعة موقعها مجزية عن صاحبها، فوجب أن لا يجب الضمان على ذابحها، كما لو ذبحها صاحبها، ولا يلزم [عليه](7) إذا نذر أضحية غير متعينة، فذبح غيره شاة من غنمه أنه يضمن،

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٣٩١؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٤٧٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤١٠.

(٣) انظر: التفريع ١/ ٣٩٢ـ٣٩٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٦٦ـ٣٦٧؛ والمحلى ٧/ ٣٨٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٢/ ٤٨٢ـ٤٨٣.

(٦) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبت.

(٧) ساقط من المخطوط.

لأنها لا تجزيء عن صاحبها، ولايلزم عليه شاة القصاب إذا ذبحها غيره بغير إذنه أنه يضمن لقولنا «أضحية».

ولأن العادة قد جرت بأن الناس لا يتولون ذبح أضاحيهم بأنفسهم وإنما يتول لهم غيرهم، فإذا كان الذابح مأذوناً من جهة العرف والعادة لم يضمن كما قلنا فيمن قدم طعامه إلى بين يدي قوم، فأكلوا منه لم يضمنوا، وصاروا كالمأذون لهم من جهة العادة، وكذلك من رمى القمامات في الطريق فأخذها إنسان لم يضمن لهذه العلة، ولايلزم عليه شاة القصاب، لأن العادة لم تجر بأن يتولى له ذبحها غيره، ولايلزم عليه إذا اشترى شاة للأكل، أو فروجاً/ للمريض أنه لايتولى ذبح [٣٢١] ذلك بنفسه، لأن ذلك الذبح ليس له وقت معين، وهاهنا له وقت متعين، والعادة جارية في طلب تعجيل الذبح، وكذلك شاة القصاب قد يؤخر ذبحها طمعاً في بيع اللحم، وقد تعجل ذلك، فإن أضجعها القصاب، فجاء رجل فذبحها احتمل أن لا يضمن.

ولأن اراقة دمها واجب فهي كالمرتد، وقد ثبت أن قتله لما كان واجباً لم يكن مضموناً على قاتله، وإن كان قاتله رجلاً من عرض الناس(١).

[٢١٠٨/١٤] **مسألة**: إذا أوجب أضحية بعينها، ثم أتلفها وجب عليه قيمتها وقت التلف، ولا يلزمه أكثر من ذلك(٢).

---

(١) انظر: المغني ١١/ ٤٧٢.

(٢) وبه قال الحنفية، انظر: المغني ١٣/ ٣٧٤؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ١/ ٤٧٨، والهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٤١٠.

خلافاً للشافعي في قوله: يلزمه أكثر الأمرين من قيمتها وقت التلف، أو مثلها وقت الذبح فيشتري به مثلها، وإن زاد على مثلها شارك في أخرى[١].

لأن كل ما لو أتلفه أجنبي ضمنه بقيمته، فإذا أتلفه من له به تعلق ضمنه بقيمته، كما لو أتلفه الراهن.

ولا معنى لقولهم: الأجنبي يضمنها ضمان الأموال، فلزمه قيمتها وقت الإتلاف، والرهن تعلق الحق فيه بالمرتهن خاصة، وليس كذلك إذا أتلفها بنفسه، لأنه ألزم نفسه أمرين مقصودين لكل واحد منهما، أحدهما لحق الله، وهو: التزام الفدية، والثاني: للفقراء لتعلق حقهم، فضمنها ضمان الأموال، ويضمنها لله بمثل الأضحية، لأن حق الله فيها الذبح، وذلك لا يتقوم وإنما يتقوم المذبوح، فوجب اعتبار قيمته وقت الإتلاف، فأما بعد الإتلاف فلا يجب اعتبار ما يحدث من الزيادة، كسائر المتلفات[٢].

[**٢١٠٩/١٥**] **مسألة:** العقيقة مستحبة، وهو الذبح عن المولود[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليست مستحبة، ولا مسنونة، وإنما هو فعل جائز[٤].

لما روت أم كرز الكعبية قالت سألت رسول الله ﷺ عن العقيقة فقال: «عن

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨١؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٧٩.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٣٧٤.

(٣) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣١؛ والمغني ١٣/ ٣٩٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٩ـ٥٠؛ وتنوير المقالة ٣/ ٦٤٦؛ وروضة الطالبين ٢/ ٤٩٧.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٩٩.

الغلام شاتان متكافئتان، وعن الجارية شاة»[1] ولا يجوز حمل ذلك على الجواز، لأنه لو كان المراد به الجواز والتطوع لم يفرق بين الغلام وبين الجارية، لأنه يجوز أن يتطوع عن الجارية بشاتين فعلم أن المراد به الإستحباب.

ولأن الوليمة مستحبة لما يحدث من السرور بالعرس، والسرور الحادث بالولادة أكثر، فكان استحباب الذبح لأجله أولى.

[٢١١٠/١٦] **مسألة:** يستحب أن يذبح عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة[2].

خلافاً لمالك في قوله: يذبح عن كل واحدة منهما شاة[3].

دليلنا ما تقدم من حديث أم كرز عن النبي ﷺ عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة».

ولأن العقيقة إنما استحبت لما يحدث من السرور بالولد، فالسرور الحادث بالغلام أكثر من الجارية، فاستحب أن تكون العقيقة لأجله أكثر.

---

(١) رواه أبوداود في الضحايا: باب في العقيقة، (٢٨٣٤). سنن أبي داود ٣/ ١٠٤ـ١٠٥، والنسائي في العقيقة: باب كم يعق عن الغلام، (١/٤٥٤١)، (٤٥٤٢/ ١). السنن الكبرىٰ للنسائي ٣/٧٦، والدارمي في الأضاحي: باب السنة في العقيقة، (١٩٦٦). سنن الدارمي ٢/ ١١١، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٥٣١٢)، (٥٣١٣) ١٢/ ١٢٨ـ١٢٩، وأبويعلىٰ الموصلي، في كتاب المعجم (٤٩) ص ٧٠، والحميدي في مسنده، في أحاديث أم كرز الخزاعية رضي الله عنها (٣٤٦). مسند الحميدي ١/١٦٧، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٤/ ٣٨٩.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣١؛ والمغني ١٣/ ٣٩٥ـ٣٩٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥١، وروضة الطالبين ٢/ ٥٠٠.

(٣) انظر: التفريع ١/ ٣٩٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/٣٦٨.

كتاب السبق والرمي[١]

[٢١١١/١] **مسألة:** المسابقة عقد جائز، ويفيد هذا إذا شرطا فيه المال / كان [٣٢٢] لكل واحد منهما فسخه قبل تمامه، وإنما يلزم بوجود السبق[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: هو عقد لازم[٣].

لأن العقود اللازمة ما يحصل العوض فيها بإطلاق العقد، كالبيع، والصلح، والإجارة، فأما مالا يحصل العوض فيها بإطلاق العقد فهي جائزة، كالحوالة، والمضاربة، والعوض ها هنا يحصل بوجود العمل، وهو السير، كما يحصل بوجود العمل في المضاربة.

[٢١١٢/٢] **مسألة:** لا تجوز المسابقة بالمزاريق[٤]، والزوبينات[٥]،

---

(١) السبقُ: مصدر سبق يسبق سبقاً. والسبق محركة «الباء»: الشيء الذي يسابق عليه، انظر: الدر النقي ٣/ ٩٣.

والرمي: المراد به رمي النشاب، انظر: الدر النقي ٣/ ٧٩٣.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٤٠٩.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٢٧. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢١١؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢١١، ولم أقف على رأي الإمام أبي حنيفة.

(٤) هي من آلات الحرب. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٢٧، ويظهر لي أنها السفن الصغيرة والفظ ليس من ألفاظ العربية. والله أعلم.

(٥) هي من آلات الحرب. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٢٧، ويظهر لي أنها السفن الصغيرة والفظ ليس من ألفاظ العربية. والله أعلم.

والرماح والفيلة بعوض[(١)].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يجوز المسابقة عليها[(٢)].

لما روى عن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نصل[(٣)] أوخف[(٤)] أو حافر[(٥)]»[(٦)]. فنفى ما عدا هذه الثلاثة، لأن الفيل حيوان لا يسهم له، فلم تجز المسابقة عليه، كالبغال، والحمير، وعكسه، الإبل، والخيل.

[٢١١٣/٣] **مسألة:** المسابقة على الأقدام بعوض لا تصح[(٧)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: (تجوز)[(٨)]. [(٩)]

لأنهما شرطا العوض في عقد المسابقة على فعلهما من غير آلة للحرب،

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣٤؛ والمغني ١٣/ ٤٠٦-٤٠٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٦-٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٢.

(٢) التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٢٧؛ والمهذب ٣/ ٥٨٠.

(٣) النصل: هو السهام من النشاب والنبل دون غيرها. انظر: شرح الزركشي ٧/ ٥٨.

(٤) الخف: هو الإبل وحدها. انظر: شرح الزركشي ٧/ ٥٨.

(٥) الحافر: هو الخيل وحدها. انظر: شرح الزركشي ٧/ ٥٨.

(٦) رواه أبوداود في الجهاد: باب في السبق، (٢٥٧٤). سنن أبي داود ٣/ ٢٩، والنسائي في الخيل: السبق، (٤٤٢٦/ ١)، (٤٤٢٧/ ٢)، (٤٤٢٨/ ٣). السنن الكبرى للنسائي ٣/ ٤١، والترمذي في الجهاد: باب ما جاء في الرهان والسبق، (١٧٠٠). سنن الترمذي ٤/ ٢٠٥، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٤٦٩٠) ١٠/ ٥٤٤. والبيهقي في السبق والرمي: باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ١٦، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٥/ ٣٣٣.

(٧) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣٤؛ والمغني ١٣/ ٤٠٦-٤٠٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٦-٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٢؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٣٣.

(٨) في المخطوط: (لا تجوز)، والصواب ما أثبت. انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٤.

(٩) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٤٥.

فوجب أن لا تصح، أصله: إذا عقد المسابقة في السباحة، والمقامرة، والصياح.

[٢١١٤/٤] **مسألة:** إذا استبق اثنان، فأخرج السبق بينهما غيرهما جاز، سواء كان ذلك الغير الإمام، أو واحد من الرعية[١].

خلافاً لمالك في قوله [لا يجوز][٢]: للرعية إخراج السبق[٣].

لأن هذا يجري مجرىٰ الإنفاق علىٰ المجاهدين، فاختص به الإمام، لأن إخراج السبق معاونة علىٰ الطاعة، لأنه يتعلق بذلك الفروسية في الجهاد، ويحثهم عليه، ويجوز ذلك للإمام وسائر المعاونة علىٰ الطاعة.

[٢١١٥/٥] **مسألة:** إذا استبق اثنان، وأخرج أحدهما السبق جاز ذلك[٤].

خلافاً لمالك [في قوله][٥]: لا يجوز أن يكون العوض من أحدهما[٦].

لأن في بذل المال في ذلك نفعاً يعود لجماعة المسلمين، لأن فيه حثاً علىٰ القتال

---

(١) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٤٠٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٩؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٢٤٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٣٦.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) مذهب المالكية في هذه المسألة الجواز. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٢، والشرح الصغير علىٰ أقرب المسالك إلىٰ مذهب الإمام مالك ٣/ ٧٤؛ وحاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي بهامش الشرح الصغير ٣/ ٧٤.

(٤) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣٥؛ والمغني ١٣/ ٤٠٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٩؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٤٥؛ وروضة الطالبين ٧/ ٥٣٦.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) مذهب مالك أنه لا بأس به، انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤٢٢.

والجهاد، ولهذا المعنىٰ جاز للإمام البذل فيه.

ولأن المسابقة تفتقر إلىٰ أن يوجد فيها معنىٰ يفارق (القمار)[١] ويعلم أن القصد بها تعلم الفروسية دون تحصل العوض، فإذا أدىٰ أحدهما سبقاً ولم يخرج للآخر، فقد وجد هذا المعنىٰ، لأن (القمار)[٢] لا يكون إلا بين أن تغرم ولا تغنم أبداً، والآخر يغنم ولا يغرم، ومن لم يخرج خارج عن ذلك، لأنه قد لا يغنم ولا يغرم، وهو أن يسبق، فلهذا جاز.

[٢١١٦/٦] **مسألة**: إذا استبق اثنان علىٰ عوض وشرط أن السابق منهما يطعم أصحابه، فالعقد صحيح، والشرط باطل، فإن غلب استحق المسمىٰ، إن شاء أطعم أصحابه، وإن شاء تحلله[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: العقد فاسد[٤]. [٥]

لأنه عقد لا تقف صحته علىٰ تسمية بدل، فلم يفسده الشرط، كالنكاح، وذلك أن المسابقة / تصح بغير عوض. [٣٢٣]

(١) في المخطوط (الفرار) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٢) في المخطوط (الفرار) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣٦؛ والمغني ١٣/ ٤١٠.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٢٨.

(٥) اختلف قول مالك في هذه المسألة قال ابن عبدالبر في الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٤١٣: «ولا يجوز أن يشترط عليه أن يطعمه أصحابه عند أكثر أهل العلم، وقد اختلف في ذلك قول مالك». اهـ.

[٢١١٧/٧] **مسألة:** اللعب بالشطرنج[(١)] محرم[(٢)].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحرم اللعب بها[(٣)].

لما روىٰ واثلة بن الأسقع قال: قال رسول الله ﷺ: «إن لله عز وجل في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه[(٤)] منها نصيب»[(٥)]. وروىٰ أبوهريرة أن النبي ﷺ مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ماهذه؟ اللويه ألم أنه عن هذا؟ لعن الله من فعل هذا»[(٦)]. وروىٰ أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «اللاعب بالشطرنج كالآكل لحم الخنزير، والناظر إليه كالغامس يده في دم الخنزير»[(٧)]. وروىٰ

---

(١) الشطرنج: فارسي معرب، وكسر الشين فيه أجود، وهو لعبة قديمة يلعبها شخصان علىٰ رقعة مربعة بها ٦٤ مربعاً، ذات لونين مختلفين أحدهما فاتح والآخر غامق، وتوضع الرقعة بشكل يجعل اللون الفاتح إلىٰ يمين اللاعب، ولكل لاعب ١٦ قطعة يلعب بها، ثمانية صغيرة تسمىٰ بيادق (عساكر)، تصف في الصف الثاني من ناحية كل لاعب، والثمانية الأخرىٰ مختلفة، وهي الشاه (الملك) والوزير ورخان (طابيتان) وفرسان وفيلان، وتصف هذه في الصف الأول من جهة اللاعب وتحرك هذه جميعها وفق القواعد المقررة لكل منها وتخرج من اللعب حين يأتي حجر الخصم حسب حركته المقررة ليحل محلها في المربع الذي تحتله، والقصد من اللعب هو حصر أو إخراج شاه الخصم من اللعب. وأصل هذه اللعبة هندي، ثم انتقلت إلىٰ فارس ومنها إلىٰ بلاد الشرق جميعاً، وقد بدأت مباريات الشطرنج العالمية في لندن عم ١٨٥١م ومنذ ذلك الوقت تقام المباريات الدولية كل عام. انظر: لسان العرب مادة «شطرنج»، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير ٢/٧٣٢؛ والصحاح في اللغة والعلوم ١/ ٦٦٧.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ١٥٥؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٤٨؛ والتفريع ٢/ ٣٥٤؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ١٦٦.

(٣) مذهب الشافعية كراهية اللعب بالشطرنج إذا كان بدون مال، أما إذا كان بمال فمحرم. انظر: المهذب ٢/ ٣٢٥.

(٤) صاحب الشاه: من يلعب بالشطرنج.

(٥) لم أقف عليه، وقد حكم عليه الألباني بأنه موضوع. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٨٧.

(٦) لم أقف عليه.

(٧) لم أقف عليه.

أبوهريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا مررتم بهؤلاء الذين يلعبون بهذه الأزلام، الشطرنج، والنرد[١] ماكان من اللهو فلا تسلموا عليهم، فإن سلموا عليكم فلا تردوا عليهم، فإنهم إذا اجتمعوا وأكبوا عليها، جاء إبليس ـ أخزاه الله ـ بجنوده، فأحدق بهم كلما ذهب رجل يصرف بصره عن الشطرنج لكز في ثغره[٢]، وجاءت الملائكة من وراء ذلك، فأحدقوا بهم، فلم يدنوا منهم، فما يزالون يلعنونهم حتىٰ يتفرقوا عنها حين يتفرقون كالكلاب اجتمعت علىٰ جيفة، فأكلت منها حتىٰ ملأت بطونها، ثم تفرقت»[٣].

ولأنه يكذب عليها فيقول: شاه مات، وفرس وفرزان ويقدم ويؤخر.

ولأن المقصود باللعب بها في الغالب القمار، أشبه اللعب بالنرد، والكعبين، والأربع عشر.

---

(١) النرد: لعبة ذات صندوق وحجارة وفصين، تعتمد علىٰ الحظ وتنتقل فيها الحجارة علىٰ حسب ما يأتي به الفص: الزهر، وتعرف عند العامة بلفظ (الطاولة). انظر: الصحاح في اللغة والعلوم ٢/ ٥٥٤.

(٢) الثغر: ما تقدم من الأسنان. انظر: مختار الصحاح، مادة «ثغر».

(٣) رواه الآجري في كتاب تحريم النرد والشطرنج والملاهي ص ١٤٨ من طريق أبي عبدالله محمد بن مخلد العطار، حدثنا محمد بن سعيد العوفي من أصله، أخبرنا سليمان بن داود اليمامي، عن يحيىٰ بن أبي كثير، عن أبي سلمة ابن عبدالرحمن، عن أبي هريرة مرفوعاً إلىٰ النبي ﷺ. وفي سند هذا الحديث سليمان بن داود اليمامي قال عنه يحيىٰ بن معين: ليس بشيء، وقال البخاري عنه: منكر الحديث، وقال ابن حبان عنه: ضعيف. انظر: الميزان ٢/ ٢٠٢، وقد حكم الألباني علىٰ هذا الحديث بأنه موضوع. انظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة ٣/ ٢٨٣، ٢٨٤.

كتاب الأيمان(١)

[٢١١٨/١] **مسألة:** إذا قال: هو يهودي إن فعل كذا، أو كافر، أو بريء من الإسلام، أو من الرسول إن فعل كذا ففعل حنث(٢)، ووجبت الكفارة(٣).

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما](٤): لا كفارة عليه(٥).

لما روىٰ أبوبكر بإسناده، عن خارجة بن زيد، عن زيد، عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يقول: هو يهودي، هو نصراني، أو مجوسي، أو بريء من الإسلام في اليمين يحلف عليها فيحنث في هذه الأشياء. قال: «عليه كفارة يمين»(٦). وهذا نص.

---

(١) الأيمان: بفتح الهمزة، جمع يمين، واليمين: القسم، والجمع: أيمن، وأيمان. انظر: المصباح المنير، مادة «يمن»، والدر النقي ٣/ ٧٩٦.

وفي الشرع: هي توكيد الحكم بذكر معظم علىٰ وجه مخصوص. انظر: الدرالنقي ٣/ ٧٩٦.

(٢) الحنث في الأصل الإثم، وهو عدم البر. انظر: الدر النقي ٢/ ٧٩٨.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٤٣؛ والمغني ١٣/ ٤٦٤؛ وشرح الزركشي ٨٦/٧؛ وحاشية ابن عابدين ٣/٤٧و٥٣.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: التفريع ١/ ٣٨٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٨٦؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٣؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٤٦.

(٦)رواه البيهقي في الأيمان: باب من حلف بغير الله ثم حنث، أو حلف بالبراءة من الإسلام، أو بملة غير الإسلام، أو بالأمانة. من طريق سليمان بن أبي داود الحراني، عن أبيه، عن الزهري، عن خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه قال سئل رسول الله ﷺ فذكره. قال البيهقي: هذا لا أصل له من حديث الزهري ولا غيره. تفرد به سليمان بن أبي داود الحراني، وهو منكر الحديث ضعفه الأئمة وتركوه. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٣٠، إذا الحديث ضعيف، ولم أقف علىٰ من خرجه غير البيهقي.

ولأن البراءة من الإسلام، أو الرسول توجب الكفر، كالبراءة من اسم الله تعالى، ثم ثبت أنه يكون حالفاً بذلك، كذلك ها هنا.

ولا يجوز استباحة الكفر لحق الله تعالى بحال، كما لا يجوز استباحة الاستحقاق باسم الله تعالى، ثم ثبت أنه يكون بذلك حالفاً، كذلك ها هنا.

[**٢١١٩/٢**] **مسألة:** لا كفارة في اليمين الغموس[(١)](٢).

خلافاً للشافعي في قوله: فيها كفارة[(٣)].

لما أخبرناه أبو محمد بإسناده عن أبي هريرة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «ليس لها كفارة يمين صابرة ليقتطع بها مالاً بغير حق»[(٤)].

ولأنها يمين غير منعقدة / ، بدليل: أن ما يطرأ على العقد مما يحله أو قارنه منع [٣٢٤] انعقاده، كالرضاع، والردة في النكاح، وهلاك المبيع، كذلك هاهنا لما كان طريان الحنث على اليمين يجب أن يمنع انعقادها، يبين صحة هذا: أن حال الاستدامة في البدا[(٥)] آكد من الابتداء، ثم ثبت أن ذاك ينافي الاستدامة فأولى أن ينافي الابتداء، ولايلزم عليه إذا قال: والله لأقتلن فلاناً. وفلان ميت عالم بموته أنه لا يمتنع انعقاد

(١) اليمين الغموس: هي أن يحلف على ماض كاذبا عالما، سميت غموساً، لأنها تغمس صاحبها في الأثم. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ٦٣.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٣٩؛ والمغني ١٣/ ٤٤٨-٤٤٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٦٩، ٧٣؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٤٧؛ والذخيرة ٤/ ١٥-١٦.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٣؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٤٤.

(٤) لم أقف عليه.

(٥) هكذا بالمخطوط.

اليمين، لأن الحنث هاهنا لم يقارن اليمين بل تأخر عنها، وذلك أنه عقد اليمين على معنىٰ في المستقبل، وهو إفاتة حياة يجريها الله تعالىٰ، وهذا معنىٰ معقول متوهم كونه، فتنعقد اليمين، ثم يحصل الحنث لفوات شرط البر.

[٢١٢٠/٣] **مسألة:** إذا حلف الكافر وحنث لزمته الكفارة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا كفارة[٢].

لأن كل يمين صحت من المسلم صحت من الكافر، كالطلاق، والعتق، وكل من صحت يمينه عند الحاكم صحت عند الإنفراد، كالمسلم، ولا خلاف أنه يستحلف عند الحاكم.

[٢١٢١/٤] **مسألة:** إذا قال: أقسمت لا فعلت كذا. أو أقسم، فهو يمين نوىٰ أو لم ينو، وكذلك علىٰ قياسه أحلف[٣].

خلافاً لمالك، والثانية: إن نوىٰ اليمين كان يميناً، وإن لم ينوه لم يكن يميناً[٤].

وخلافاً للشافعي في قوله: إذا لم يصله باسم الله تعالىٰ فليس بيمين، سواء نوىٰ به اليمين أو لم ينوه[٥].

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٤٣٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٢.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٦؛ والذخيرة ٤/ ٦٩.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٤٦٧-٤٦٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٩٣؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٤.

(٤) وهو المذهب عند الحنابلة. انظر: التفريع ١/ ٣٨٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٨٦؛ والمغني ١٣/ ٤٦٩. والإنصاف ١١/ ١٠.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٨/ ١٥.

فالدلالة على أنه يمين وإن لم يصله باسم الله تعالىٰ ولا نوىٰ به اليمين: أن قوله: «أقسمت» يقتضي مقسماً به، وهو منهي عن القسم بغير الله، فإذا أطلق فالظاهر أنه أراد بها قسم الله، فهو كما لو قال: علي حجة. كان بمثابة قوله لله عليّ حجة، ويبين صحة هذا: أن اسم المفعول قد يحذف قال تعالىٰ: ﴿إِنِّي أَسْكَنتُ مِن ذُرِّيَّتِي﴾[1] تقديره: إني أسكنت ذرية من ذريتي، ولايلزم عليه قوله: أولىٰ، أو أوالىٰ، لأنه يمين، والعرب تذكر ذلك قال الشاعر[2].

أولىٰ برب الراقصات إلىٰ مِنىٰ ومطارح الأكوار حيث تبيتُ

ولايلزم عليه قوله: لأفعلن كذا، أن هذه اللام لا تكون إلا في جواب القسم، (ولا يكون)[3] حالفاً، لأن اللام قد تكون جواباً لغير القسم قال تعالىٰ: ﴿كَلَّا لَئِن لَّمْ يَنتَهِ لَنَسْفَعًا بِالنَّاصِيَةِ﴾[4].

[٢١٢٢/٥] **مسألة:** إذا قال: أشهد أني فعلت كذا فهو يمين[5][6].

خلافاً للشافعي، والثانية: لا تكون يميناً[7].

---

(١) إبراهيم «٣٧».

(٢) قال محققا المغني: لم نجده فيما بين أيدينا. انظر: هامش المغني ١٣/ ٤٦٨ رقم (٩).

(٣) في المخطوط (ولان يكون).

(٤) العلق «١٥».

(٥) إذا نوىٰ اليمين، وهذا اختيار كثير من الأصحاب منهم الخرقي، وابن عقيل، والشيرازي وهو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٣/ ٤٦٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٩٣؛ والإنصاف ١١/ ٩ـ١٠.

(٦) مذهب المالكية في هذه المسألة: إن أراد بقوله: أشهد. أي بالله فهو يمين، وإلا فلا شيء عليه. انظر: الذخيرة ٤/ ١١.

(٧) وبه قال الحنفية. انظر: روضة الطالبين ٨/ ١٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٩٤؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٤

لأن الشهادة تقتضي مشهوداً به، ولا يشهد الشهادة بغير الله، وبغير رسوله.

ولأنه مقسم بالشهادة، فهو كما لو قال: أشهد بالله.

[٢١٢٣/٦] **مسألة:** إذا قال: وعلم الله لأفعلن / كذا فهو يمين[1]. [٣٢٥]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس بيمين[2].

لأن العلم صفة من صفات ذاته، أشبه القدرة، والعزة، والجلال، والعظمة.

ولا يصح قولهم: إن العلم قد يراد به المعلوم، لأنه يلزم عليه القدر، يعني بها عن المقدور، فيقال: اللهم أريتنا قدرتك، فأرنا عفوك.

[٢١٢٤/٧] **مسألة:** إذا قال: وحق الله. فهو يمين[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس بشيء[4].

لأن الحق اسم من أسماء الله تعالىٰ وصفة من صفاته يستحقها لذاته، (ولا يصح)[5] أن يوصف بضده، فهو كما لو قال: والله الحق، كما قلنا في قوله: وجلال الله، وعظمة الله. أن يصير كأنه قال: والله الجليل، والله العظيم.

---

(١) وبه قال المالكية، وذهب الشافعية إلىٰ أنه أن نوىٰ بها اليمين فيمين، وإلا فلا. انظر: المغني ١٤/ ٤٥٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ٧٩-٨٠؛ والذخيرة ٤/ ١١؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٣.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٦؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١٦.

(٣) وبه قال المالكية، وذهب الشافعية إلىٰ أنه إن نوىٰ اليمين فيمين، وإلا فلا. انظر: المغني ١٣/ ٤٥٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٥٩؛ والذخيرة ٤/ ٨؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٣.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٧؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١٧.

(٥) في المخطوط (ولا يوصف أن يصح).

ولا معنىٰ لقولهم: إن حقوق الله تعالىٰ هي العبادات التي أوجبها. لأن هذا يبطل باليمين وأمانة الله، فإنها للفرائض التي أوجبها، قال سبحانه: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ﴾ [(١)]، ومع ذلك فإذا قال: وأمانة الله. يكون يميناً[(٢)].

[٢١٢٥/٨] **مسألة:** إذا قال: وعهد الله وميثاقه، فهو يمين[(٣)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا قال: وعهد الله وميثاقه لم يكن يميناً، وإن قال: علىٰ عهد الله وميثاقه. يكون يميناً[(٤)].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن نوىٰ اليمين كان يميناً[(٥)].

لأن العهد يمين في عرف الشرع واللغة، فأما عرف الشرع: فروي عن عائشة أنها حلفت بالعهد ألا تكلم ابن الزبير فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة، وكانت تقول: واعهداه»[(٦)].

وأما عرف اللغة: فإن الناس يحلفون بذلك كما يحلفون بالله تعالىٰ.

ولأنه مقسم بعهد الله، فهو كما لو قال: علىٰ عهد الله، وكما لو نواه.

---

(١) الأحزاب «٧٢».

(٢) انظر: شرح الزركشي ٧/ ٨١.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا٣/ ١٢٤٢؛ والمغني ١٣/ ٤٦٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٨٥؛ والذخيرة٤/ ٨.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٧؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١٦.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٤؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٥٠-٢٥١.

(٦) رواه البخاري في الأدب: باب الهجرة، وقول رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث». (٦٠٧٣)، (٦٠٧٤)، (٦٠٧٥) صحيح البخاري ٤/ ١٠٥.

[**٢١٢٦/٩**] **مسألة:** إذا قال: وقدرة الله، وجلاله، وعظمته. فهو يمين نوىٰ اليمين أو لم ينوه[(١)] [(٢)].

خلافاً للشافعي في قوله: إذا قال: أردت به وقدرة الله ماضية، وحقه واجب صدق[(٣)].

لأنه مقسم بقدرة الله تعالىٰ وجلاله، فهو كما لو نوىٰ، وما ذكروه يبطل بقوله: والله. ثم قال: أردت خالق رازق.

[**٢١٢٧/١٠**] **مسألة:** إذا قال: وأمانة الله فهو يمين[(٤)].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون يميناً إلا أن ينوي اليمين[(٥)] [(٦)].

لأن الأمانة إذا أضيفت إلىٰ الله تعالىٰ صارت صفة من صفات ذاته، ألا ترىٰ أنه لا يصح أن يوصف بضدها، فيجب أن تكون يميناً، كقوله: وعلم الله، وحق الله. أنه يمين، ولايلزم عليه الفرائض مضافة إلىٰ الله تعالىٰ، فيقال أحكام الله، وفرائض الله لا تكون يميناً، لأنها لا تصير من صفاته ولا ذاته، وأمانة الله، أشبه

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٤٥٣-٤٥٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ٨١؛ والذخيرة ٤/ ٨.

(٢) مذهب الحنفية في هذه المسألة: إن نوىٰ اليمين فيمين، وإلا فلا. انظر: ملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١٦.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٤؛ وروضة الطالبين ٧/ ١٣.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٤٤؛ والمغني ١٣/ ٤٧٠-٤٧١؛ وشرح الزركشي ٩٤-٩٥؛ والذخيرة ٤/ ٨.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٤؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٥٥.

(٦) اختلف الحنفية في هذه المسألة فقال صاحب الخانية: يمين، وقال الطحاوي: لا يكون يمينا. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٧.

إذا نوىٰ به اليمين.

ولامعنىٰ لقولهم: إن أمانة الله فرائضه التي افترضها لعباده بدليل: قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ﴾[(١)]. فأراد به الشرائع، بدليل قوله تعالىٰ: ﴿لِيُعَذِّبَ اللَّهُ الْمُنَافِقِينَ﴾[(٢)] يعني ليتركهم، لأن الأمانة تناولت أمانة مطلقة، ونحن نقول: إذا أطلق فقال: والأمانة لا فعلت كذا. لا يكون يميناً، وخلافنا في أمانة أضيفت إلىٰ الله تعالىٰ، وعلىٰ أن اليمين بحق الله صحيحة، / [٣٢٦] وعندهم وإن كان حقه فرائضه.

[٢١٢٨/١١] **مسألة:** إذا قال: لعمرو الله. فهو يمين، وكذلك وأيم الله. سواء نوىٰ به اليمين أو لم ينوه[(٣)].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون يميناً إلا أن ينوي اليمين[(٤)].

لأنه قد ثبت لها عرف الشرع واللغة، أما الشرع فقوله تعالىٰ: ﴿[لَعَمْرُكَ][(٥)] إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ﴾[(٦)]. قيل إنه أقسم بالنبي[(٧)].

---

(١) الأحزاب «٧٢».

(٢) الأحزاب «٧٣».

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٣/ ٤٥٥-٤٥٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٦٠؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٣-٥٤؛ والذخيرة ٤/ ٨.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٤؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٢٧٣-٢٧٤.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) الحجر «٧٢».

(٧) انظر: تفسير الطبري ١٧/ ١١٨.

وأما عرف اللغة فقول الشاعر(١):

لعمري وما عمري على نهبو نهاري ولا ليلى عليّ بسرمد(٢)

[٢١٢٩/١٢] **مسألة:** إذا حلف بالمصحف، ثم حنث وجبت عليه الكفارة(٣).

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة في قولهم: لا كفارة(٤). بناء على أصلهم: أن القرآن مخلوق(٥).

وخلافاً لجماعة من أصحاب الشافعي [في قولهم](٦): لا كفارة(٧). (٨)

(١) هو طرفة بن العبد بن سفيان البكري الوائلي.

(٢) انظر: ديوان طرفة بن العبد ص ٤٠ وهذا نص البيت في ديوانه:

لعمرك ما أمري علي بغمة نهاري، ولا ليلي عليّ بسرمد.

(٣) انظر: المقنع ٣/ ١٢٤١؛ والمغني ١٣/ ٤٦٠-٤٦١؛ وشرح الزركشي ٧/ ٨٩-٨٠.

(٤) مذهب الحنفية في هذه المسألة: أنه إذا حلف بالقرآن لم يكن حالفاً. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣١٦.

(٥) هذا مذهب المعتزلة حيث قالوا: إن القرآن مخلوق، وليس من أصول الحنفية هذا المعتقد وإن كان بعض أئمتهم معتزلة يقولون بهذا كالزمخشري، وقد رد أئمة أهل السنة على هذا المعتقد وامتحن بسببه الإمام أحمد ورد عليه. انظر: التوحيد لابن منده ١/ ٤٠٤؛ وشرح أصول اعتقاد أهل السنة للكائي ٢/ ٢١٦ وما بعدها.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) مذهب الشافعية في هذه المسألة أنه إذا حلف بالمصحف أن يمينه تنعقد، فإذا حنث فعليه الكفارة. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٤.

(٨) مذهب المالكية في هذه المسألة: أن الحلف بالقرآن والمصحف ليس بيمين، ولا كفارة. انظر: الذخيرة ٤/ ٦.

بناء على أصلهم: أن كلام الله القديم ليس في المصحف، ونحن نبني على أصلنا، أن كلام الله القديم نظمه فيه لا على وجه الحلول، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّهُ لَقُرْآنٌ كَرِيمٌ ﴿٧٧﴾ فِي كِتَابٍ مَّكْنُونٍ ﴿٧٨﴾ لا يَمَسُّهُ إِلاَّ الْمُطَهَّرُونَ﴾[١].

ولما روي عن النبي ﷺ أنه نهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو»[٢].

[٢١٣٠/١٣] **مسألة:** إذا قال: الله لأفعل كذا، فهو يمين نوى اليمين أو لم ينوه[٣].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: إن نوى اليمين فهو يمين، وإن لم ينو لم يكن يميناً[٤].

لأنه قد ثبت له عرف الشرع والاستعمال، أما الشرع فروى أن ركانة بن عبد يزيد قال: طلقت زوجتي ألبته، فأتيت النبي ﷺ فقال: «ما أردت بقولك ألبتّه» قلت: الله ما أردت إلا واحدة. فقال: «الله ما أردت إلا واحدة»[٥].

وعن ابن مسعود أنه قال: (أتيت)[٦] النبي ﷺ (فقلت)[٧]: «قتلت أباجهل»،

---

(١) الواقعة «٧٧-٧٩».

(٢) رواه مسلم في الإمارة: باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه بأيديهم، (١٨٦٩) (٩٢)، (٩٣)، (٩٤). صحيح مسلم ٣/ ١٤٩٠-١٤٩١.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٤٥٨-٤٥٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٦٢؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٨.

(٤) وبه قال سحنون من المالكية. انظر: روضة الطالبين ٨/ ١٠؛ والذخيرة ٤/ ٨.

(٥) سبق تخريجه ص

(٦) في المخطوط: (أتى).

(٧) في المخطوط: (فقال).

فقال: «الله». قلت: الله[١].

وأما الاستعمال فإنه يجوز حذف حرف القسم قال الله تعالىٰ: ﴿إن ترك خيرا الوصية﴾ [٢]وتقديره: والوصية، وقال: ﴿وإن أطعتموهم إنكم لمشركون﴾ [٣] معناه: فإنكم، كذلك هاهنا.

[٢١٣١/١٤] **مسألة:** لغو اليمين على الماضي، وهو أن يحلف على شيء يظنه على ما حلف عليه، ثم تبين أنه بخلافه سواء قصده، أو جرىٰ على لسانه، فإذا قال: والله لقد أهل الهلال البارحة. وهو يظن أنه صادق، ثم تبين أنه كاذب فلا كفارة عليه[٤].

خلافاً للشافعي، والثانية: اللغو لا قصد له فيه نحو قوله: لا والله، وبلىٰ والله عند الغضب واللجاج من غير قصد سواء كانت على الماضي أو المستقبل[٥].

فتحصل الخلاف أنه إذا جرىٰ على لسانه يمين على فعل مستقبل أنها منعقدة، فإن حنث فيها وجبت الكفارة.

لأنها يمين على المستقبل، فجاز أن يحكم بانعقادها، كما لو كان عالماً قاصداً.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) البقرة (١٨٠).

(٣) الأنعام (١٢١).

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٤٠؛ والمغني ١٣/ ٤٥١-٤٥٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٧٥؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٤٧؛ والذخيرة ٤/ ١٥.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٣؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٤٣؛ والمغني ١٣/ ٤٥١.

ولأنه سبب يؤول إلىٰ وجوب الكفارة، فجاز أن / يثبت حكمه مع عدم [٣٢٧] القصد في السبب، كالجراحة، ولايلزم عليه الفطر بالوطء، لأنه لا يؤول إلىٰ وجوب الكفارة، وإنما يوجب الكفارة بنفسه.

ولأن اللغو عبارة عما لا يفيد وإن كان مقصوداً قال الله تعالىٰ: ﴿ **وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا** ﴾[١]، وقال: ﴿ **لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً وَلا تَأْثِيماً** ﴾[٢]، وقال: ﴿ **وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً** ﴾[٣] وإذا كان معناه مالا يفيد فهو في اليمين على الماضي، لأنها لا تتضمن إيجاباً ولاتحريماً، ولايلزم عليه اليمين الغموس، لأنها تتضمن المأثم والعذاب في الآخرة.

[**٢١٣٣/١٥**] **مسألة:** إذا حلف بالنبي وحنث وجب عليه الكفارة[٤].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا كفارة عليه[٥].

لأن كل من كانت الشهادة به شرطاً في صحة الإيمان والأذان فإذا حلف به وحنث تعلقت به الكفارة، دليله: اسم الله، أو نقول: أحد شطري الشهادة، أشبه اسم الله تعالىٰ.

ولأن من أسقط الكفارة في ذلك قال: لأنه حلف بمخلوق. وهذا لا يمنع من

---

(١) القصص «٥٥».

(٢) الواقعة «٢٥».

(٣) الفرقان «٧٢».

(٤) هذه رواية عن الإمام أحمد. انظر: المغني ١٣/ ٤٧٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٩٦-٩٧.

(٥) منهم المالكية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة. انظر: الذخيرة ٤/ ٦؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٢٦٢-٢٦٣؛ والمغني ١٣/ ٤٧٢.

إيجاب الكفارة، كما لو حرم أمته، أو زوجته، أو طعامه، أو نذر نذر لجاج وغضب، أو حلف بالظهار.

[٢١٣٣/١٦] **مسألة:** إذا حلف الرجل لا يلبس حلياً، فلبس خاتماً حنث[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث[٢].

لأنه لو كان من ذهب حنث بلبسه، وإذا كان من فضة وجب أن يحنث، أصله: الدملج[٣]، والسوار[٤]، والخلخال[٥].

[٢١٣٤/١٧] **مسألة:** إذا حلفت المرأة لا تلبس حلياً، فلبست الجوهر واللؤلؤ حنثت[٦].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تحنث إلا أن يكون معه ذهب[٧].

لأن الاسم يقع على ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٦٢-٥٦٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥١.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٧٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٧.

(٣) الدملج: حلية تحيط بالعضد، انظر: المعجم الوسيط مادة «دملج» ١/ ٢٩٧.

(٤) السوار: حلية من الذهب مستديرة كالحلقة تلبس في المعصم. انظر: المعجم الوسيط مادة «السوار» ١/ ٤٦٤.

(٥) الخلخال: حلية من الذهب مستديرة تلبس في أسفل الساق.

(٦) انظر: المغني ١٣/ ٥٦٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٠.

(٧) انظر: الهداية شرح بداية المبتدئ ٢/ ٣٧٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٧.

تَلْبَسُونَهَا ﴾ [(١)] فسمى المستخرج من البحر حلية، وليس إلا اللؤلؤ.

[٢١٣٥/١٨] **مسألة:** إذا حلف ليتزوجن على امرأته لم يبر إلا بشرطين أحدهما: أن يتزوج من تشبه أن تكون نظيرتها. والآخر: أن يدخل بها[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يبر بالتزويج الصحيح[(٣)].

لأن الحالف إنما قصد بيمينه الغيرة والغيظ، وذلك لا يقع إلا بما ذكرنا، لأنه إن تزوج من لا تجري مجراها، أو تزوج بعجوز شوهاء أو برصاء، فإنه قد وضع من نفسه وأشمتها به، وعاد بضد ما قصده، وكذلك من تزوج نظيرتها ولم يدخل بها لم يحصل ما قصده باليمين من مغايرتها ومغايظتها، لأن مجرد العقد لا يحصل معه هذا المعنى، وإنما يحصل بمشاركة الثانية لها في الاستمتاع، والقصد معتبر في الأيمان، ولهذا قالوا: لو حلف لا أكلت الرؤوس. حملوه على رؤوس مخصوصة وهي رؤوس الأنعام، وإن كان الاسم يعم غيرها، وكذلك لو حلف لاشربت من دجلة أو من هذه الشاة. فغرف منها أو مص من ثديها / [حنث][(٤)] [٣٢٨] وكذلك لو حلف الخليفة لابعت الطعام فباع وكيله حنث، ولو حلف غيره لم يحنث.

[٢١٣٦/١٩] **مسألة:** إذا حلف بقصد قطع المن عنه، فقال: والله لا شربت

---

(١) النحل «١٤».

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٤٩٢.

(٣) لم أقف على مذهب الحنفية، والشافعية في هذه المسألة.

(٤) ساقط من المخطوط.

لك الماء. فإنه متى انتفع بشيء من ماله بأكل، أو شرب، أو عارية، أو إرث، أو غيره حنث[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما][(٢)]: لا يحنث إلا [بما][(٣)] تضمنه لفظ يمينه، وهو الماء[(٤)].

لما تقدم في المسألة التي قبلها وإن قصد الحالف قطع المنه، ولا تنقطع إلا بالامتناع من الإتفاع بشيء من ماله، والقصد في الأيمان معتبر من الوجه الذي ذكرنا.

[٢١٣٧/٢٠] **مسألة:** إذا قال: والله لا أكلت هذا الرغيف. فأكل بعضه، ولا شربت ماء هذا الكوز. فشرب بعضه، أو لا لبست من غزل فلانة. فلبس ثوباً فيه من غزلها، أو لا دخلت هذه الدار. فأدخل يده أو رجله حنث[(٥)].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعية، والثانية: لا يحنث إلا بأكل جميعه، ولبس جميعه، وشرب جميعه، ودخول جميعه[(٦)].

لأن الحالف يقصد منع نفسه، كما أن الناهي يقصد منع غيره، وقد ثبت أن

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٥٤٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٤؛ والذخيرة ٤/ ٢٧.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: المهذب ٢/ ١٣٦، ولم أقف على مذهب الحنفية في هذه المسألة.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال كثير من المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٤-١٢٦٥؛ والمغني ١٣/ ٥٥٧، ٥٦٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٦٨-١٦٩؛ والذخيرة ٤/ ٤٢.

(٦) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٨؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٣؛ والمغني ١٣/ ٥٥٧-٥٥٨.

النهي في الشرع عن فعل يتناول الجملة والأبعاض، كذلك ما تضمن المنع كلام الآدمين يجب أن يكون كذلك، وبيان هذا أن الله تعالىٰ قال: ﴿**وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ**﴾ [(١)] وقال: ﴿**فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا**﴾ [(٢)] لما كان نهياً عن الدخول تضمن الجملة والبعض، وكذلك قوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ**﴾[(٣)] يتضمن الجملة والأبعاض، وكذلك تحريم الخمر، وأكل مال اليتيم، وإن شئت قلت: ما كان معصية لصاحب الشريعة كان حنثاً للحالف. ولو قال صاحب الشريعة: لا تأكلوا هذا الرغيف حرم جميعه وكل جزء منه، كذلك في الحالف، ويفارق هذا إذا حلف ليدخلن الدار، أو ليأكلن هذا الرغيف، فأدخل بعضه، أو أكل بعضه لم يبر، لأن البر بمثابة الأمر من صاحب الشريعة، والأمر يتناول إنجاز جميع المأمور به لقوله تعالىٰ: ﴿**لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ**﴾[(٤)] يقتضي دخوله بجملته، والحنث في مقابلة النهي من صاحب الشريعة، والنهي يتناول الجملة والأبعاض، لقوله تعالىٰ: ﴿**فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ**﴾ [(٥)] وقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ**﴾[(٦)] يقتضي المنع من الدخول بالجملة والأبعاض.

---

(١) النساء «٤٣».

(٢) التوبة «٢٨».

(٣) البقرة «١٩٦».

(٤) الفتح «٢٧».

(٥) التوبة «٢٨».

(٦) النساء «٤٣».

[٢١٣٨/٢١] **مسألة:** إذا حلف لا يشرب من هذا النهر فشرب منه جرعة حنث رواية واحدة[١].

خلافاً للشافعي[٢].

لأنه لا يمكن استيعاب جميعه، فوجب أن تنصرف يمينه إلىٰ البعض، كما لو حلف لا يشرب الماء ولا يأكل الخبز.

[٢١٣٩/٢٢] **مسألة:** فإن حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان، فاشترىٰ فلان وآخر طعاماً، فأكل منه الحالف حنث، وكذلك إذا حلف لا يأكل من قدر طبخه فلان، فأكل من قدر طبخه فلان وآخر، وكذلك لو حلف لا يسكن داراً اشتراها فلان، فاشترىٰ فلان وآخر داراً وسكنها [حنث][٣]. [٤]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله / : يحنث بأكل الطعام، فأما بأكل الطبيخ، ولبس [٣٢٩] القميص، وسكنىٰ الدار فلا يحنث[٥].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يحنث في الجميع[٦].

فالدلالة علىٰ الشافعي: أنه قد أكل من طعام اشتراه فلان، فيجب أن يحنث،

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٥٧٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٦٩.

(٢) مذهب الشافعية في هذه المسألة أنه يحنث إن شرب من ماء هذا النهر من قليل أو كثير. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣١.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٥؛ والمغني ١٣/ ٥٦٣-٥٦٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٧٠.

(٥) انظر: المبسوط ٨/ ١٨٠.

(٦) انظر: حلية العلماء ٧/ ٢٩٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤١.

كما لو انفرد فلان بشرائه، يبين صحة هذا: أن من أصلنا وأصلهما: أن عقد الواحد مع الاثنين في حكم العقدين المنفردين، ولهذا إذا ظهر على عيب كان لأحدهما أن يرد ويفسخ بقدر ملكه، فإذا كان في حكم المنفردين فيجب أن يحنث بأكله.

والدلالة على أبي حنيفة: أنه لو انفرد فلان بشرائه حنث الحالف، فيجب أن يحنث وإن شركه غيره فيه، دليله: الطعام.

ولا معنى لقولهم: إن الطعام قد اشترى فلان بعضه والبعض يسمى طعاماً، والقميص والدار لا يسمى البعض قميصاً ولا داراً، لأن بعض الدار والقميص لا يسمى لا داراً ولا قميصاً، لأن بعض القميص إذا كان كبيراً يجيء منه قميص صغير، وكذلك بعض الدار الكبيرة تسمى داراً إذا كانت كبيرة، فإنه يجيء منه دار صغيرة.

[**٢٣/٢١٤٠**] **مسألة:** إذا حلف لا لبست هذا الثوب، أو لا أكلت هذا الطعام، فباعه واشترى بثمنه ثوباً أو طعاماً حنث إذا كان قصده قطع المنة[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يحنث[٢].

لما تقدم من أن القصد في الأيمان معتبر دون الاسم. بدليل: ما ذكرنا، ومعلوم أنه إذا حلف لا يلبس هذا الثوب بقصد قطع منتها أنه لم يقصد غير الثوب خاصة، وإنما قصد منع الانتفاع لما يمكنه فيه منة من الجهة التي حلف عليها فيجب أن

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٥٤٣.

(٢) لم أقف على رأي الأكثر.

يحنث .

ولأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في السبع[١] يذبح لو ذبح شاة، أوعتق رقبة حمل على مقتضاه في الشرع .

ولأن في الشرع أن الأعيان المحرمة يتبعها أثمانها في التحريم، بدليل قول النبي ﷺ : «حرمت عليهم الشحوم فباعوا وأكلوا أثمانها، إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»[٢]. وكذلك الخمر، وغير ذلك .

[٢١٤١/٢٤] **مسألة:** إذا حلف لا يسكن هذه الدار، وهو ساكنها، فخرج منها ولم ينقل أهله ومتاعه حنث[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحنث[٤].

لأن الأيمان محمولة على العرف والعادة، وفي العادة أن خروجه منها لم يبطل حكم سكناه، ألاترى أنه يقال: فلان ساكن دار كذا. وإن كان خارجاً منها إذا كان أهله ورحله فيها .

ولأن السكنى في الدار لا تحصل بقعوده فيها دون أن يصحبه من الأثاث ما يستغنى عنه للسكنى، ألا ترى أن من يكثر دخول / مسجد من المساجد ويقعد فيه[٣٣٠]

---

(١) هكذا بالمخطوط ويظهر لي أن في الكلام سقطاً لم أهتد إليه، أو تحريفاً .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة: باب تحريم بيع الخمر . صحيح مسلم ٣/ ١٢٠٦ .

(٣) وبه قال الحنفية، وبعض المالكية منهم ابن القاسم . انظر: المغني ١٣/ ٥٥١؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٦٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٠؛ والذخيرة ٤/ ٥٣ .

(٤) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٢٨ .

وحده لا يقال: إن فلاناً سكن المسجد. ولو نقل إليه ما يحتاج إليه من السكنى جاز أن يقال: إنه يسكن المسجد. فإذا كانت السكنى تحصل لوجود الأمرين فمتى منع نفسه بيمينه لم يبرأ لعدم أحدهما وإنما يبرأ بعدمهما جميعاً.

[**٢١٤٢/٢٥**] **مسألة:** إذا حلف لا يدخل دار فلان، فقام على سطحها أو حائطها حنث[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحنث[٢].

لأن سطح الدار من الدار، يدل عليه أشياء، منها: أن من حلف لايخرج من داره فقام على سطحها أو حائطها لم يحنث، ولو لم يكن داخل الدار حنث، وكذلك من قعد فوق السطح أو الحائط طول نهاره جاز أن يقول: لم أخرج اليوم [من][٣] الدار، وكذلك لو وجد إنساناً فوق السطح يجوز أن يقول له: لم دخلت داري. وكذلك يقول الرجل: بت البارحة في داري. فإذا قيل له: أين كان مبيتك من الدار؟ يقول: فوق السطح. ولايكون كاذباً، فيجب أن يكون فيها في حكم اليمين.

[**٢١٤٣/٢٦**] **مسألة:** فإن قال: والله لا دخلت دار زيد هذه، فباعها زيد ثم دخلها حنث في يمينه[٤].

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٥٥٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨١؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٢٦٦.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال المالكية، انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٧٥؛ وشرح الخرشي على مختصر

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث[١].

لأن التعيين والإضافة إذا اجتمعا كان الحكم للتعيين وسقطت الإضافة، دليله: إذا قال: والله لاأكلم صديق فلان ثم صار عدواً، وكلمه حنث، وكذلك لا أكلم جار فلان هذا، فانتقل من جواره ثم كلمه حنث، وكذلك لا أكلم أجير فلان هذا. فانقضت اإارته أو تقايلا، ثم كلمه حنث، وكذلك لا أكلم زوجة فلان هذه. فطلقها فلان ثم كلمها حنث، وكذك لا أكلم عديل[٢] فلان هذا،[٣] فإنه يحنث.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هذه الأصول المضاف المعين فيها يعادي ويوالي فيمتنع من كلامه لأجله، فلا تصير الصداقة والتزويج والمجاورة مشروطة في يمينه، والدار لا يوالي ولا يعادي ولا يمتنع من دخولها لاعتقاد السوم فيها أو التركة فحصلت مقصودة لأجل صاحبها فصار مشروطاً في يمينه. لأن علة الأصل تبطل بالعبد فإنه يعادي ويوالي، ومع هذا إذا قال: والله لا أكلم عبد فلان. فباعه لم يحنث، وعلة الفرع تبطل بالتعيين من غير إضافة وأن اليمين [ ][٤] ويضمنها وإن كانت لاتعادىٰ ولا توالىٰ، علىٰ أن الدار قد يمتنع من دخولها لاعتقاد السوم.

[٢١٤٤/٢٧] **مسألة:** إذا حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعدما هدمت

خليل ٤/ ٨٩.

(١) وبه قال الشافعية. انظر: اللباب في شرح الكتاب ٣/ ١٤٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٨.

(٢) العديل: هو ما يعاد له في الوزن والقدر. انظر: مختار الصحاح، مادة «عدل».

(٣) يظهر هنا سقط في الكلام. ولعله: «فلم يبق عديلاً له فكلمه».

(٤) كلمة غير مقروءة.

وصارت براحاً حنث، وكذلك لو حلف لادخلت هذا البيت، فصار براحاً، وكذلك لو حلف لا أكلت هذا البسر. فصار رطباً / ، أولا أكلت هذا الرطب. [٣٣١] فصار تمراً، أولا أكلت هذا التمر، فصار خلا، أو دبساً وأكله، وكذلك لو حلف لا لبست هذا الثوب. فغيره عن صفته ولبسه حنث في جميع ذلك(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحنث بدخول الدار بعد خرابها، ولا يحنث فيما عدا ذلك بعد تغيره عن صفته(٢).

وخلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما](٣): لا يحنث بشيء من ذلك(٤).

لأنه قد ثبت أن التعيين والإضافة إذا اجتمعا كان الحكم للتعيين وسقطت الإضافة من الوجه الذي ذكرنا في المسألة التي قبلها، كذلك إذا اجتمع الاسم والتعيين وجب أن يكون الحكم للتعيين ويسقط الاسم، لأن الاسم يراد للتمييز بين المسمىٰ وغيره، كما أن الإضافة وضعت لتمييز المضاف من غيره، ثم ثبت أن الإضافة تسقط مع التعيين، كذلك الاسم.

ولا معنىٰ لقولهم: إن زوال الإضافة لا يمنع الاسم وليس كذلك ها هنا، فإن الاسم معدوم هناك، أيضاً وهاهنا بالبيع لا يسمىٰ (كان ربد)(٥) ومع هذا فإن

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٠؛ والمغني ١٣/ ٥٨٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٨١.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٤؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣٢٢.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٨٨-٣٨٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٥-١٩٦.

(٥) هكذا بالمخطوط.

الحنث لأجل التعيين، وهذا التعيين موجود هاهنا (ولأنه)[1] لا يمتنع زوال الاسم ويحنث لأجل التعيين، كما لو حلف لا أكلت هذا الحمل. فكبر حتىٰ صار كبشاً، فأكله[2]، أو لا كلمت هذا الشاب. فصار شيخاً وكلمه حنث[3]، وكذلك لو حلف لا أكلت هذا الدقيق. فخبزه وأكله[4]، أو لو حلف لا لبست هذا الغزل، فنسجه ثوباً ولبسه حنث عند أبي حنيفة وإن كان الاسم قد زال، وكذلك إذا حلف لا شربت من هذا النهر فغرف وشرب منه، أو لا شربت من هذه الشاة، فحلب وشرب حنث، وإن لم يكن شارباً من النهر، ولا من الشاة وكذلك لو حلف لا أكلت الرؤوس فأكل رؤوس العصافير لم يحنث والاسم موجود.

[٢١٤٥/٢٨] **مسألة:** إذا حلف لا يأكل هذا الدقيق. فاستف منه حنث، وكذلك لو خبزه[5].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن خبزه وأكل حنث، وإن استف لم يحنث[6].

لأنه لو أكل مخبوزاً حنث، كذلك إذا أكله علىٰ جهته، دليله: الحنطة لو حلف لا يأكلها فأكلها مخبوزة أو علىٰ جهتها حنث، كذلك الدقيق.

[٢١٤٦/٢٩] **مسألة:** إذا حلف لا يدخل دار فلان. فدخل داراً يسكنها بكراء

---

(١) في المخطوط (لا أنه).

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٥٨٧ـ٥٨٨.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٥٨٧ـ٥٨٨.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٥٨٧ـ٥٨٨.

(٥) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٧٥؛ والذخيرة ٤/ ٤٥.

(٦) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٢.

حنث، وكذلك لو حلف لا يركب دابة عند فلان. فركب دابة العبد حنث[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحنث بركوبه دابة العبد[٢].

لأن الدار مضافة إلى الساكن قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾[٣]، ﴿لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ﴾[٤] فأضاف البيوت إلى أحدهما بالملك، / وإلى الآخر بحق [٣٣٢] السكنى. لأن (الحق)[٥] كان لأحدهما، ويقال: دار فلان. وإن كان ساكنها بأجرة، وكذلك يقال: هذه دابة الأمير، وهذه دابة عبد الأمير. ويقال: ليس هذه من دواب الأمير، وإنما هي من دواب عبده. فإذا كانت الإضافة موجودة في العادة وجب أن يحنث كما لو حلف لا يأكل من ثمرة هذه النخلة، ولا شرب من لبن هذه الشاة والبقرة، فأكل من ثمرها وشرب من لبن الشاة والبقرة حنث، لأن الثمرة مضافة إلى النخلة في العادة وإن لم تكن إضافة ملك، قال النبي ﷺ: «من باع نخلاً وله ثمر، فثمرته للبايع إلا أن يشترط المبتاع»[٦] وكذلك الدابة.

ولأنهم قد قالوا: إذا حلف لا دخل قطيعة الربيع، وسوق يحيى، فدخل

---

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٣/ ٥٥٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٠٨؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٨٣؛ والذخيرة ٤/ ٣٢.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٥.

(٣) الأحزاب «٣٣».

(٤) الأحزاب «٥٣».

(٥) في المخطوط (الحد). ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٦) رواه البخاري في البيوع: باب من باع نخلاً قد أبرت، أو أرضاً مزروعة، أو إجارة، (٢٢٠٤). صحيح البخاري ٢/ ١١٤؛ ومسلم في البيوع: باب من باع نخلاً عليها ثمر، (١٥٤٣) (٧٧)، (٧٨)، (٧٩)، (٨٠). صحيح مسلم ٣/ ١١٧٢-١١٧٣.

حنث، وإن كان الربيع لا يملكها.

[٢١٤٧/٣٠] **مسألة:** إذا حلف لا دخلت بيتاً، فدخل المسجد، أو الحمام حنث[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يحنث[٢][٣].

لأن الاسم يتناولهم حقيقة، بدليل: أنه لا يصح نفي الاسم عنهما، فجاز أن يحنث بدخولهما، كما لو دخل غيرهما من البيوت، ويبين صحة هذا وأن الاسم يتناولها: الشرع والعرف.

أما الشرع، فقال تعالىٰ: ﴿**فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ**﴾[٤] يعني المساجد، وقال تعالىٰ: ﴿**إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا**﴾[٥]، وقوله تعالىٰ: ﴿**ولا آمين البيت الحرام**﴾[٦].

وروىٰ سعيد، عن جابر، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ قال: «من بنىٰ لله بيتاً ولو كمفحص قطاة بني الله له بيتاً في الجنة»[٧].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٨٦.

(٢) منهم الحنفية، ورواية ثانية عن الإمام أحمد. انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٩؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٨٦.

(٣) مذهب المالكية أنه لا يحنث بدخول المسجد، ويحنث بدخول الحمام. انظر: الذخيرة ٤/ ٥٠.

(٤) النور «٣٦».

(٥) آل عمران «٩٦».

(٦) المائدة «٤».

(٧) رواه الإمام أحمد في مسند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ـ (٢١٥٧) من طريق محمد بن جعفر، حدثنا شعبة، عن جابر، عن عمار، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي صلي الله عليه

وروت ميمونة مولاة رسول الله ﷺ قالوا: يارسول الله أفتنا في بيت المقدس؟ قال: «أئتوه وصلوا فيه»، قالوا: كيف والروم فيه؟ قال: «فإن لم تستطيعوا فابعثوا بزيت يسرج في فناء مكة»(١).

وروى ابن بطة بإسناده عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «بئس البيت الحمام، بيت لا يستر، وماؤه لا يطهر»(٢).

وروى ابن عباس، عن النبي ﷺ قال: «بيوتاً يقال لها الحمامات فلا تدخلوها»(٣).

وروى بإسناده، عن العباس بن عبدالرحمن بن ميتا، قال: قال إبليس: يارب اجعل لي بيوتاً، قال: بيوتك الحمام»(٤).

وسلم. المسند ٤/ ٥٤. قال الهيثميفي مجمع الزوائد ٢/ ٧: «رواه أحمد، والبزار، وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف».

(١) رواه الإمام أحمد في حديث ميمونة بنت سعد، (٢٧٦٩٧) من طريق علي بن بحر قال: حدثنا عيسى بن يونس قال حدثنا ثور بن يزيد، عن زياد بن أبي سودة، عن أخيه عثمان أن ميمونة قالت: يا نبي الله، فذكره المسند ١٥/ ٤٤٨. وسند هذا الحديث صحيح، فجيمع رواته ثقات قال ذلك ابن حجر في التقريب، وقال النووي في المجموع ٨/ ٢٧٨ «إسناده لابأس به».

(٢) رواه ابن عدي في الكامل من طريق يحيى بن عثمان التيمي، عن عبدالله بن طاوس، عن ابن عباس مرفوعاً إلى النبي ﷺ بلفظ «بئس البيت الحمام» فقال قائل: أنه يداوي فيه المريض، ويذهب فيه الوسخ قال: «فإن فعلتم فلا تفعلوا إلا وأنتم مستترون» قال ابن عدي: «هذا الحديث يرويه يحى بن عثمان التيمي وليس هو بالكثير الحديث ومقدار ما يرويه غير محفوظ» اهـ. انظر: الكامل في ضعفاء الرجال ٧/ ٢٦٧٩.

(٣) لم أقف عليه.

(٤) لم أقف عليه.

ويقال في المسجد[١]: هذا بيت الله، وبيت من بيوت الله، وهذه بيوت الله، وفي بيت الجار، وبيت المسلخ، وبيت خلوة. وإذا تناوله إطلاق الاسم في الشرع والعرف وجب أن يحنث، كما لو دخل غيرهما.

ولا معنى لقولهم: إن هذه التسمية مجاز، كما قال تعالى: ﴿**إن أوهن البيوت لبيت العنكبوت**﴾[٢]، وقوله: ﴿**والشَّمْس سراجًا**﴾[٣]، ﴿**والْجِبَالَ أَوْتَادًا**﴾[٤]، لأن تلك التسميات مجاز بدليل: / أنه يصح نفيها، وهاهنا لا يصح نفيه، ولأن [٣٣٣] إطلاق العرف لا يتناولهما في العرف.

[**٢١٤٨/٣١**] **مسألة:** فإن قال: والله لا أسكن بيتاً. فسكن بيتاً من شعر، أو أدم، أو خيمة حنث إذا لم يكن له نية[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان الحالف من أهل الأمصار لم يحنث بدخول الخيمة[٦].

لأن الاسم يتناولهما يدل عليه قوله تعالى: ﴿**وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ**

(١) وهذا في العرف.

(٢) العنكبوت «٤».

(٣) نوح «١٦».

(٤) النبأ «٧».

(٥) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٦٠٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٦؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٣/ ٧٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٧.

(٦) انظر: المبسوط ١٠/ ١٦٧.

﴿لَكُم مِّن جُلُودِ الأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَها يَوْمَ ظَعْنِكُمْ ويَوْمَ إقامَتِكُمْ﴾[١] فسماها بيوتاً. ولأن ما حنث البدوي بدخوله حنث الحضري بدخوله، دليله: بيوت الحضر.

ولأن اسم البيوت يقع عليها عند الجميع، وإنما يختلفون في استعمالها، فمنهم من يعتاد سكنىٰ البيوت المبنية، ومنهم من يعتاد سكنىٰ بيوت الأدم والشعر، فهو بمنزلة من قال: لا آكل خبزاً. فأكل خبز الأرز، وخبز الذرة حنث به، لأن اسم الخبز يقع علىٰ الجميع، وإنما يختلفون في استعماله، فمنهم من يعتاد أكل خبز الحنطة، ومنهم من يعتاد أكل خبز الذرة، ومنهم من يعتاد أكل خبز الأرز.

[**٢١٤٩/٣٢] مسألة:** فإن حلف أن لا يفعل شيئاً، فأمر غيره بفعله حنث[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحنث إلا أن يكون له نية في ذلك، أو يكون سلطاناً، و من لا يتولىٰ ذلك بنفسه فيحنث بولاية وكيله فيه[٣].

لأن تولىٰ وكيله للبيع يقع الاسم عليه أنه باع وتزوج، فيقال: فلان باع وتزوج واشترىٰ. لأن البيع هو زوال الملك، فإذا وقع الاسم عليه وجب أن يحنث، كما لو كان سلطاناً.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا كان سلطاناً فالظاهر أنه لم يقصد نفسه وإنما قصد وكليه. لأنه إذا حلف لاشربت لك الماء من عطش بقصد المنة، فإنه لم يقصد الماء،

---

(١) النحل «٨٠».

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٥١؛ والمغني ١٣/ ٤٩٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ١١٨؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١١٧؛ والذخيرة ٤/ ٥٥.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٨؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٨٨-٢٨٩.

وإنما قصد زيادة عليه، وعندهم لا يحنث بغير الماء، وكذلك إذا حلف لا سكنت بيتاً، وهو من أهل الأمصار، فسكن بيت شعر حنث وإن لم يقصده، وكذلك إذا حلف لا أكلت خبزاً، وهو سلطان، فأكل خبز الذرة حنث وإن لم يقصده.

[٢١٥٠/٣٣] **مسألة:** إذا حلف ليقضيه حقه في غد، فقضاه قبله لم يحنث، وكذلك إن أبرأه قبل ذلك، وكذلك إن حلف ليشربن ماء هذا الكوز في غد، فشربه قبله لم يحنث[١].

خلافاً للشافعي في قوله: يحنث[٢].

لأن العادة أن المراد بهذه اليمين أن لا يؤخر القضاء عن الغد، فيجب أن لا يحنث لوجود المقصود، ولهذا اعتبروا القصد في الرؤوس، وفيه إذا حلف لا شريت من فلان، فوكل في الشراء حنث إذا كان ممن لم تجر عادته بالشراء منه، وكذلك إذا قال: لا شربت من هذا النهر، فغرف وشرب منه حنث لوجود المقصود، / في هذه الأيمان، كذلك هاهنا. [٣٣٤]

[٢١٥١/٣٤] **مسألة:** إذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز غداً، فاهراق قبل الغد حنث، وكذلك إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف في غد، فأكله كلب قبلها، وليضربن عبده في غد، فمات العبد اليوم[٣].

---

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٨؛ والمغني ١٣/ ٥٧٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٧٧؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٢٧١؛ والذخيرة ٤/ ٢٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٦٢؛ وحلية العلماء ٧/ ٣٠٠.

(٣) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٧؛ والمغني ١٣/ ٥٧٠-٥٧٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٧٤-١٧٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تسقط يمينه ولا يحنث[١].

وخلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][٢]: إن تلف ذلك بغير اختياره لم يحنث[٣].

فالدلالة على أبي حنيفة: أنا ندل على أن يمينه المؤقتة تنعقد في الحال، وعنده تنعقد بآخر الوقت: أنه لو شرب الماء قبل مجيء الغد بر في قسمه عندنا وعنده، ولأنه لو قال: إن حلفت يميناً فأأرأتي طالق. ثم قال: إن شربت الماء الذي في هذا الكوز غدا فعبدي حر. أن امرأته تطلق قبل مجيء الغد فدل على أن يمينه قد انعقدت، ولولا ذلك لم تطلق امرأته، لأن يمينه لم توجد.

والدلالة على الشافعي: أن المحلوف عليه هلك قبل إيقاع الفعل فيه فيجب أن يحنث، دليله: إذا حلف ليشربن ماء هذا الإناء وأطلق من غير وقت، فهلك قبل شربه، فإنه يحنث عندهم.

ولا مغنى لقولهم: إنه إذا أطلق حصل وقت البر موكولاً إلى اجتهاده متى شاء، فإذا هلك الطعام قبل القدرة على أكله فقد أخطأ في اجتهاده، فلهذا حنث. لأنه لم يخطئ في اجتهاده، لأن يمينه انعقدت على التراخي، فلما حنث علمنا أن سبب الحنث هلاك المحلوف عليه قبل إيقاع الفعل فيه، وهذا موجود ها هنا.

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٧-٣٦٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٣.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المدونة الكبرى ٢/ ١٤٧ الطبعة الأولى عام ١٣٢٣هـ بمطبعة السعادة بمصر؛ والذخيرة ٤/ ٥٦؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٨.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه إذا انفلت الماء صار مكرها، والمكره لا يحنث. لأن هناك حصل المنع من طريق الفعل، وهذا تعذر الفعل من طريق الحكم، وفرق بينهما، ألا ترىٰ أنه لو أكره علىٰ الأكل لم يفطر[١]، ولو طرقها الحيض أفطرت، وإن كنا نعلم أنها ملجأة إلىٰ الفطر في الموضعين إلا أن أحدهما من غير الحكم والآخر من طريق الفعل.

[٢١٥٢/٣٥] **مسألة:** إذا حلف ليقتلن فلاناً، وفلان ميت، وهو لا يعلم موته لم يحنث، وإن كان يعلم حنث[٢].

خلافاً لمالك في قوله: لا يحنث علم أو لم يعلم[٣].

لأنه قصد بيمينه: إفاتة تلك الحياة المعهودة، وإفاته حياة فايتة غير متوهم كونها فلا تنعقد يمينه، كما لو حلف ليشربن الماء الذي في الكوز وليس فيه ماء أن يمينه لا تنعقد، وليس كذلك إذا علم بموته، لأن يمينه انعقدت علىٰ إفاته حياة أحدثها الله، وهذا معنىٰ معقول، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ [قال][٤]: ﴿**فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ**﴾[٥] إلا أنه لما لم تجر العادة بأن الله يحيىٰ الموتىٰ في الدنيا علم فوات شرط البر فحنث، كما لو حلف ليصعدن السماء[٦].

---

(١) انظر: المغني ٤/ ٣٧٦.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٥٠٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٦٥.

(٣) انظر: التفريع ١/ ٣٨٢-٣٨٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٨٣.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) البقرة «٢٥٩».

(٦) فإنه يحنث في الحال.

[**٢١٥٣/٣٦**] **مسألة**: إذا حلف بالله تعالىٰ أو بالظهار أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً لم يحنث، وإن حلف بالطلاق والعتاق حنث[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: يحنث في الجميع[٢].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: لا يحنث في الجميع[٣].

لأن الطلاق والعتاق يتعلق بحق آدمي / فاستوىٰ فيه الخطأ والعمد، دليله: [٣٣٥] القتل وإتلاف المال، ولا يلزم عليه اليمين بالله تعالىٰ، لأن الحق فيها لله تعالىٰ، وحقوقه مبنية علىٰ التخفيف والتسهيل والمسامحة، ولهذا إذا أكل ناسياً لم يفسد صومه[٤]، وكذلك إذا ترك التسمية علىٰ الذبيحة، ويبين صحة هذا أن الشافعي قد قال: إذا قال: أقسمت بالله. وأراد أقسمت فيما مضىٰ فإنه يقبل منه، ويكون خبراً عن يمين ماضية، فلا يكون حالفاً بها في الحال، ولو قال لزوجته: أقسم بالله (لا أطأك)[٥] سنه، وقال: أردت به سأقسم في المستقبل ولم أقصد به اليمين في الحال لا يقبل منه ويكون موليا، وفرقوا بينهما بأن هذا يتعلق به حق الآدمية، فكان متهماً في قوله لم أرد به اليمين في الحال، وليس كذلك فيما يتعلق بحق الله عز وجل، فإنه مبنىٰ علىٰ التخفيف والتسهيل والمسامحة فيه فقبل منه، وكذلك إذا قال: أنت

---

(١) وهو أحد القولين عند الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٥٢١-١٢٥٢؛ والمغني ١٣/ ٤٩٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٢٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ٦٨.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٨؛ والتفريع ١/ ٣٨١.

(٣) هذا هو الأظهر عند الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٨/ ٦٨.

(٤) انظر: المغني ٤/ ٣٦٧.

(٥) في المخطوط (لا طاك).

طالق. وقال: أردت به من وثاق. وأنكرت المرأة ذلك، وقالت: أردت به من النكاح. لم يقبل منه في حقها، وقبل منه في حق الله فيدين فيما بينه وبين الله على معنى يباح له وطؤها، ولا يصدق في ظاهر الحكم لتعلقه بحق آدمي.

ولأنها يمين لو وجدت من الكافر لم يتعلق ذلك من المسلم، دليله: يمين المكره، واليمين بالنبي[1] ﷺ، واليمين بقدرة الله، وبحق الله.

ولأنها يمين بالله تعالى، فإذا فعل المحلوف عليه ناسياً لم يحنث، دليله: الكافر، وليس لهم أن يقولوا: إن الكافر لو فعل عامداً لم يحنث. لأنا لانسلم ذلك.

ولأن الطلاق يرفع النكاح ويفسخه، فاستوى فيه العمد والسهو، دليله: الرضاع، ووطء أم الزوجة.

[٢١٥٤/٣٧] **مسألة:** لا تنعقد يمين المكره[2].

خلافاً لأبي حنيفة[3].

لأن الإرادة تمنع صحة الكفر، فوجب أن تمنع صحة الدين، أصله: اليمين والجنون.

[٢١٥٥/٣٨] **مسألة:** إذا حلف لا يكلم فلاناً حيناً فهو على ما نواه، فإن لم

---

(١) الحلف بالنبي ﷺ منهي عنه.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٤٤٧-٤٤٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٥٦؛ والذخيرة ٤/ ٥٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ٦٨.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٥؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣١٤.

يكن له نية فهو على ستة أشهر[١].

خلافاً لمالك في قوله: هو على سنة[٢].

وللشافعي في [قوله][٣]: هو على ساعة، فإذا أمسك عن كلامه ساعة، ثم كلمه لم يحنث في يمينه، ولو قال: لا كلمته إلى حين فهو على الأبد، فإذا كلمه قبل موته (حنث)[٤] في يمينه، كذا حكاه القاضي أبو الطيب[٥].

لأن اسم الحين يقع على ساعة، قال الله تعالى: ﴿**فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ**﴾[٦]، ويقع على أربعين سنة، قال الله تعالى: ﴿**هَلْ أَتَى عَلَى الإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ**﴾[٧] قيل: المراد به أربعون سنة[٨]. ويقع على وقت مبهم غير معلوم، قال الله تعالى: ﴿**تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا**﴾[٩]، روي عن ابن عباس المراد به: ستة أشهر، وقد قيل: سنة[١٠].

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٧؛ والمغني ١٣/ ٥٧٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٦٧؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٢٦٣؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٠٧.

(٢) انظر: مواهب الجليل من أدلة خليل ٢/ ٢٧٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) في المخطوط (بر) والصحيح ما أثبت.

(٥) انظر: حلية العلماء ٧/ ٢٩٢.

(٦) الروم «١٧».

(٧) الإنسان «١».

(٨) انظر: تفسير الطبري ٢٤/ ٨٧.

(٩) إبراهيم «٢٥».

(١٠) رواه ابن جرير الطبري في تفسيره ١٣/ ١٣٨. من طريق محمد بن بشار، قال: ثنا يحيى، قال: ثنا سفيان، عن طارق بن عبدالرحمن، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس. وسنده صحيح فجميع رواته ثقات.

ولا يجوز أن تحمل يمينه على أدنى الأوقات، لأن الناس لا يقصدون بأيمانهم في العادة إلى أن يمنعوا أنفسهم من كلام غيرهم لحظة، ولا يجوز أيضاً حمله على أربعين [سنة][١]. لأن من أراد أن يمنع نفسه من كلام غيره هذه المدة لا يؤقت / يمينه [٣٣٦] في العادة بأربعين سنة، فلم يحلف لا يكلمها أبداً، وكذلك لا يجوز حمله على وقت مبهم غير مجهول، لأن من أراد أن يمتنع مدة كأنه يعينها، ولا يجوز حمله على سنة، لأن اسم الحين لا يحتمل أن يراد به سنة، لأن النخل لا تؤتي أكلها في كل سنة، وإنما تؤتي في كل ستة أشهر، فإذا لم يجز حمل اليمين على الوجوه التي ذكرنا، وقد ثبت أن إطلاق اسم الحين في الكتاب يتناول ستة أشهر وجب حمله عليه دون غيره.

[٢١٥٦/٣٩] **مسألة:** إذا حلف لا يشرب من الفرات، ولا من دجله، فغرف من مائها بيده أو بإناء وشرب حنث[٢].

خلافاً لأبي حنيفة: في قوله: لا يحنث حتى يكرع[٣] فيها كرعاً[٤].

لأنه إذا اجتمع في اللفظة حقيقة غير مستعملة ومجاز مستعمل وجب حمله على المجاز المستعمل، يدل عليه لو قال: والله لا شربت من هذه البئر، فاستقى

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٥٧٩؛ وكشاف القناع ٦/ ٢٦٦.

(٣) كرع في الماء تناوله فيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه ولا بإناء. انظر: مختار الصحاح، مادة «كرع».

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٣.

منهـا وشـرب حنث، وكـذلك إذا قـال: لا أكـلت من هذه الـنخلة، ولا مـن هذه الشـجرة. فلقط منها بيده وأكل حنث، وكذلك لو قال: والله لا شربت من هذه البقرة، أو من هذه الشاة. فحلب منها وشرب حنث، وجعل ماء البئر، وثمرة النخلة، ولبن الشاة مضمراً في نفسه كأنه قال: والله لا شربت من ماء هذه البئر، ولا أكلت من ثمرة هذه النخلة، ولا شربت من لبن هذه الشاة. كذلك ها هنا يجب أن يضمن ماء الدجلة والفرات في يمينه، فيحصل كأنه قال: والله لا شربت من ماء دجلة، ولا من ماء الفرات. ولو قال هذا حنث، كذلك إذا كان مضمراً.

[٢١٥٧/٤٠] **مسألة:** إذا قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق. فأذن لها مرة، فخرجت، ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه طلقت، وتحتاج في كل مرة إلىٰ إذن، إلا أن ينوي الإذن مرة واحدة، وكذلك إن قال: إلا أن آذن لك، أو حتىٰ آذن لك[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن قال: إن خرجت بغير أذني فأنت طالق. فالأذن في كل مرة، وإن قال: إلا أن آذن لك، أو حتىٰ أذن لك. كفاه واحدة[٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: يكفي في ذلك أذن مرة سواء قال: إلا بإذني. أو إلا أن آذن لك، أو حتىٰ آذن لك[٣].

فالدلالة علىٰ الشافعي: أنه نهاها عن كل خروج، فاستثنىٰ في الجملة خروجاً

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٩؛ والمغني ١٣/ ٥٨٤-٥٨٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٧٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٢٢.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٥٤.

علىٰ صفة، وهو أن يكون بإذنه فما عدا المستثنىٰ يجب أن يكون داخلاً في اليمين، يبين صحة هذا: أن النفي في النكرة يقتضي استغراق الخبر، كقوله: لا رجل في الدار، ولا سلطان.

ولا معنىٰ لقولهم: لو كان اليمين عن كل خروج لتكرر الحنث بتكرار الخروج بغير إذنه، ولما أجمعنا علىٰ أنه إذا خرجت بغير إذنه يحنث، فلو عادت وخرجت مرة أخرىٰ بغير إذنه لم يقع الطلاق دل علىٰ أن اليمين معقودة علىٰ الخروج الأول، وذلك أن البر لا يتكرر كما لا يتكرر الحنث. لأن يمينه لم تنعقد علىٰ خروج بإذن، وإنما انعقدت علىٰ خروج بغير إذن، لأن ذلك يبقىٰ علىٰ الأصل، وهو جواز الخروج، وإنما / انعقدت علىٰ خروج لم ينضم إليه الأذن، وإذا كان كذلك لم [٣٣٧] يكن الخروج بإذنه براً، لأن اليمين لم تتناوله، كما لم يكن فعل غير المحلوف عليه براً، كما لو قال: إن أكلت التمر فأنت طالق. فإن أكلت تمراً حنث، وإن تركت أكله حتىٰ مات بر في يمينه، وإن أكلت نسياناً لم يؤثر في يمينه، وإذا لم تتناوله اليمين لم يكن وجوده مانعاً من الحنث.

والدلالة علىٰ أبي حنيفة: أن قوله: إلا أن آذن لك. استثناء. فهو كقوله: إلا بإذني. ثم ثبت أن ذلك يقتضي تكرار الإذن، كذلك ها هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إن «الباء» تدخل في الكلام لإلحاق الصفة بالموصوف فيحتاج إلىٰ وجودها في كل مرة، كقوله تعالىٰ: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ**

اللَّهُ ﴾[١]، وليس كذلك إذا قال: إلا أن آذن لك، لأن «إلا أن» بمعنى حتى، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ لا يَزَالُ بُنْيَانُهُمُ الَّذِي بَنَوْا رِيبَةً فِي قُلُوبِهِمْ إِلاَّ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ ﴾[٢] معناه: حتى تقطع قلوبهم[٣]، لأنه لو قال: إن خرجت إلا عن إذني، أو إن خرجت إلا بعد إذني. فإنه يقتضي التكرار عندهم، كما لو قال: إلا بإذني. وعلى أنا لم نجعل الأذن مقتضياً للتكرار، أو لأجل «الباء»، لأن «الباء»، حظها الإيجاد والإلصاق دون التكرار، وإنما اقتضى التكرار لما ذكرنا، وهو أنه منعها من الخروج على العموم، واستثنى خروجاً على صفة، وقوله تعالى: ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ﴾[٤] لم يقتض التكرار، أو لأجل «الباء» لكن لدليل دل على الحق هو الواجب، ويبين صحة هذا: أنه لا فرق بين قوله لوكيله: لا تبع من مالي شيئاً حتى آذن لك. وبين قوله: إلا أن آذن لك. في باب أنه يقتضي تكرار الإذن عند كل بيع، وقولهم: إن «حتى» غايه، والغاية للتوقيت، فإذا وجب الإذن سقطت وإنما يكون كذلك في الموضع الذي يقوم عليه الدليل، وهو أجود طريقة سلك في هذه المسألة مع أبي حنيفة والشافعي: إن قصد الحالف منعها من كل خروج بغير إذنه، لأنه قصد بالمنع صيانتها وحفظها والغيرة عليها، وهذا معلوم في حال الزوج في عموم الأحوال، والقصد معتبر في الأيمان، يدل عليه: إذا حلف لا أكلت الرؤوس. قالوا: إن يمينه تكون مقصورة على رؤوس بهيمة الأنعام، لأن هذا هو

(١) المائدة «٤٩».

(٢) التوبة «١١٠».

(٣) انظر: تفسير الطبري ١٤/ ٤٩٧.

(٤) المائدة «٤٩».

العرف، وإن كان الاسم يعم كل رأس، وكذلك قالوا: لو حلف لا شربت من هذا النهر، فغرف منه وشرب حنث، وإن كانت الحقيقة هي الكرع، وكذلك لو حلف لا أكلت من هذه النخلة، أو لا شربت من هذه البقرة. فلقط وأكل وحلب، وشرب حنث، وإن كانت الحقيقة إن شرب بفيه، ويأكل بفيه اعتباراً بالعرف، وأطرحوا الحقيقة، كذلك ها هنا.

[٢١٥٨/٤١] **مسألة:** إذا حلف لا تخرج إلا بإذنه فأذن لها من حيث لا تسمع لم يكن ذلك إذناً[١].

خلافاً للشافعي / في قوله: يكون إذناً[٢]. [٣٣٨]

لأن الإذن عبارة عن الإعلام، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَأَذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ**﴾[٣]، يعني: إعلام من الله ورسوله[٤].

وقوله: ﴿**وَمَا هُم بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللَّهِ**﴾[٥]. أي بعلمه[٦]. وروىٰ في قصة المسكينة أن النبي ﷺ قال: «إن ماتت فأذنوني»[٧]، يعني: أعلموني،

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٣/ ٥٨٥؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٨٢؛ والذخيرة ٤/ ٣٠.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٥٤.

(٣) التوبة «٣».

(٤) انظر: الوجيز في تفسير الكتاب العزيز للواحدي ١/ ٤٥٢.

(٥) البقرة «١٠٢».

(٦) انظر: تفسير الطبري ٢/ ٤٤٩.

(٧) رواه البخاري في كتاب الصلاة: باب كنس المسجد، (٤٥٨) صحيح البخاري ٢/ ١٦٤ ـ ١٦٥؛

وقال لفاطمة بنت قيس: «إذا انقضت عدتك فآذنيني»[١] يعني: فأعلميني. فإذا كان كذلك كان قوله: إلا أن آذن لها، كقوله: إلا أن أعلمها. ولو قال ذلك لم يكن إعلاماً حتىٰ تعلم.

ولا معنىٰ لقولهم: الإذن ليس بإعلام، وإنما الإذن هو الإعلام، لأن الإذن والإيذان سواء في أنها عبارة عن الإعلام، قال تعالىٰ: ﴿وَأَذِنَتْ لِرَبِّهَا﴾[٢] معناه: واستمعت لأمر ربها، وقال النبي ﷺ: «ما أذن الله لنبي»[٣] معناه: ما استمع.

وقال ابن قتيبة في كتاب اللفظ في القرآن[٤]: الإيذان مأخوذ من الإذن، إنما هو إيقاع الخبر في الأذن، والإذن استماعه وعلمه، وأنشد[٥]:

أيها القلب بعلل تفردت   إن قلبي في سماع وأذن.

ومنه أذان الصلاة، إنما هو استماع الناس ذكرها حتىٰ يعلموا[٦].

ومسلم في كتاب الجنائز: باب الصلاة علىٰ القبر (٩٥٦) (٧١). صحيح مسلم ٢/ ٦٥٩.

(١) رواه مسلم في الطلاق: باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (١٤٨٠). صحيح مسلم ٢/ ١١١٤.

(٢) الإنشقاق «٢».

(٣) رواه البخاري في فضائل القرآن: باب من لم يتغن بالقرآن، (٥٠٢٣). صحيح البخاري ٣/ ٣٤٦، ومسلم في صلاة المسافرين: باب استحباب تحسين الصوت بالقرآن، (٢٣٢) (٧٩٢). صحيح مسلم ١/ ٥٤٥. الجميع بلفظ «ما أذن الله لشيء إذنه لنبي حسن الصوت يتغنىٰ بالقرآن».

(٤) عنوان هذا الكتاب الاختلاف في اللفظ والرد علىٰ الجهمية والمشبهة. نشرته دار الكتب العلمية بيروت عام ١٤٠٥هـ.

(٥) المنشد هو عدي بن زيد كما ذكره ابن قتيبة في كتابه الأختلاف في اللفظ ص ١٦.

(٦) انظر: الاختلاف في اللفظ لابن قتيبة ص ١٦.

[٢١٥٩/٤٢] **مسألة:** فإن حلف لا يأكل لحماً، فأكل لحم السمك حنث[١].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يحنث[٢].

لأنه أكل ما يتناوله اسم لحم مأكول حقيقة، فيجب أن يحنث، دليله: إذا أكل لحم الأنعام، والصيود، وقد دل على الوصف قوله تعالى: ﴿**وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا**﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا**﴾[٤].

ولا معنى لقولهم: إن ذاك يتناوله الاسم على الإطلاق، وها هنا لا يتناوله اسم لحم السمك، لأنه لا يقال: أكل لحم عصافير، وإنما يقال: أكل عصافير. ومع هذا يحنث بأكله، وقال تعالى: ﴿**وَلَحْمِ طَيْرٍ**﴾[٥] فقيده بالطير، كما قيده هاهنا بالبحر.

ولأن الاسم الحقيقي إذا وجد فلا اعتبار بالعرف في ذلك[٦]، ألا ترى أنه إذا حلف لا دخلت بيتاً، فدخل بيت شعر، أو أدم، أو خيمة حنث وإن لم يكن ذلك

---

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧١؛ والمغني ١٣/ ٦٠٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٨٦؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٩٠-٩١؛ والذخيرة ٤/ ٤٦.

(٢) وهو الصحيح من مذهب الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٨/ ٣٥؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٧٦.

(٣) فاطر (١٢).

(٤) النحل «١٤».

(٥) الواقعة «٢١».

(٦) العرف يكون حجة عند عدم مخالفته لنص شرعي أو شرط لأحد المتعاقدين، ويرجع إلى العرف في كل ماورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة فيرجع فيه إلى العرف. انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص١٥٧، ١٦٧

معروفاً عند أهل الأمصار، وكذلك لو حلف لا آكل خبزاً. فأكل خبز الأرز حنث، وإن كان الحالف مما لا يأكل ذلك، أو نقول: الاسم الحقيقي لا يسقط بالعرف، بدليل: أنه لو حلف لا شربت من هذا النهر. فكرع، ولا شربت من هذه الشاة. فشرب من ثديها، أو لا أكلت من هذه النخلة. فأكل منها فقد حنث، وكذلك العرف أن يحلب الشاة، ويلقط الثمرة، كذلك هاهنا كان يجب أن يحنث بأكل السمك، وإن كان العرف يقتضي غيره، ولايلزم عليه إذا حلف لا يركب دابة، فركب حماراً، وكذلك إذا حلف لا أكلت بيضاً، فأكل بيض السمك، لأنه يحتمل أن يحنث وإن كان العرف أن يغرف من البئر.

ولأن الله تعالى أضاف لحم السمك إلى البحر كما أضاف الحلية المستخرجة منه إلى التحريم، ثم ثبت أنه لو حلف لا لبست/ حلياً، فلبس اللؤلؤ [٣٣٩] بانفراده[حنث][١] عندنا وعندهم، كذلك لحم السمك.

[**٤٣/٢١٦٠**] **مسألة:** فإن حلف لا أكلت الرؤوس. فإنه يطلق على كل رأس يؤكل من الأنعام، والطيور، والحيتان، والسمك[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحنث بأكل رؤوس البقر، والغنم[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: يحنث بأكل رؤوس الإبل، والبقر، والغنم[٤].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٣/ ٦٠٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٥؛ والذخيرة ٤/ ٤٦.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٦.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٣.

لما تقدم في التي قبلها، وهو أنه أكل ما يتناوله اسم رأس مأكول حقيقة، فوجب أن يحنث، دليله: رؤوس الأنعام.

ولأن الاسم الحقيقي إذا وجد فلا اعتبار بالعرف، بدليل: أنه لو حلف لا دخلت بيتاً. فدخل بيت شعر، أو أدم، أو خيمة حنث، وإن لم يكن معروفاً عند أهل الأمصار، وكذلك لو حلف لا يأكل خبزاً. فأكل خبز الأرز حنث، وإن كان الحالف مما لا يأكل ذلك.

[**٢١٦١/٤٤**] **مسألة:** إذا حلف لا أكلت لحماً. فأكل الشحم لم يحنث[(١)].

خلافاً لمالك في قوله: يحنث بأكل الشحم[(٢)].

لأن الاسم لا يقع عليه، بدليل: أنه يصح نفي اسمه عنه، والحال لا يدل عليه، فلم يحنث بأكله، كما لو أكل الرئة، والكرش، أو شرب اللبن منها، أو أكل بيض الدجاجة، ولا يلزم عليه إذا قصد بيمنه قطع المنه، فحلف لا شربت له الماء أنه يحنث بأكل الخبز وغيره، لأن الحال تدل عليه، ولا يلزم عليه إذا حلف لا أكلت الشحم. فأكل اللحم سميناً حنث، لأن فيه شحم، فإن أكل اللحم الأحمر لم يحنث لعدم الاسم.

[**٢١٦٢/٤٥**] **مسألة:** فإن حلف لا أكلت لحماً. فأكل الكبد، [أ][(٣)] و

---

(١) وبه قال الحنفية، و الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٠-١٢٧١؛ والمغني ١٣/ ٥٩٨-٥٩٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٨٣؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٩١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٥.

(٢) انظر: التفريع ١/ ٣٨٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٨٨.

(٣) ساقط من المخطوط.

الطحال، أو الفؤاد، أو القانصة[١]، أو الكرش، أو الرئة لم يحنث[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][٣]: يحنث بأكل الكبد والطحال[٤].

لما تقدم من أن اسم اللحم لا يقع عليه، فلم يحنث بأكله، دليله: الرئة، والكرش، يبين صحة هذا وأن الاسم لا يتناوله: قول النبي ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الدمان فالكبد والطحال»[٥]. فدل على أنهما دمان وليسا من اللحم.

[٢١٦٣/٤٦] **مسألة:** إذا حلف لا يكلم فلاناً. فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولاً حنث[٦].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في الجديد: لا يحنث[٧].

لأن الكتابة حروف يفهم منها صريح الكلام، أو حروف تُنْبِئُ عن المراد، أشبه إذا واجهه بالكلام.

---

(١) القانصة: هي المصارين. انظر: لسان العرب مادة «قنص».

(٢) وهو المذهب عند الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٩٨-٥٩٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٨٣-١٨٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٦.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٤-٣٦٥؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٩١؛ والذخيرة ٤/ ٤٦.

(٥) سبق تخريجه والحكم عليه في كتاب الذبائح مسألة «٤».

(٦) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٣؛ والمغني ١٣/ ٦١٢-٦١٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٩٢؛ والذخيرة ٤/ ٤٩.

(٧) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٣٣؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٣٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٦.

ولأنها يمين يحنث فيها بالمكالمة، فحنث فيها بالمكاتبة، كالطلاق.

ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب، بدليل: كتب النبي ﷺ، ورسله كانت بمنزلة مشافهته في (الدعوة)[١] إلىٰ الإسلام، وكذلك كتاب القاضي إلىٰ القاضي بالحقوق، فأما الإشارة باليد، والعين، والرأس فتحتمل وجهين، أحدهما: لا يحنث نص عليه في إشارة المريض بالإقرار، والوصية لا تصح، فعلىٰ هذا لا يفهم منها صريح الكلام، ويحتمل أن يحنث. نص عليه في إشارة المحرم إلىٰ الصيد يضمن[٢]، فعلىٰ هذا: الإشارة تنبيء عن المراد.

[٢١٦٤/٤٧] **مسألة:** إذا حلف ما له مال. وله مال يتمول في العادة حنث سواء كان من الأموال الزكاتية، كالأثمان، والثمار، والماشية، والزروع، / أو [٣٤٠] كانت غير زكاتيه كالعقار، والأثاث، والبغال، والحمير[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان يملك ما لا يجب فيه الزكاة لم يحنث[٤].

لأنه غير متمول في العادة، فوجب أن يدخل تحت اطلاق يمينه، دليله: التي تجب فيه الزكاة.

[٢١٦٥/٤٨] **مسألة:** إذا حلف أن يضربه مائة. فجمعها، فضربه بها واحدة

(١) في المخطوط (الدعاء) وما أثبت هو الصحيح.

(٢) انظر: المغني ٥/ ١٣٣.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٩٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٦.

(٤) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ١٣٨.

لم يبر[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي[٢].

لأن القصد من تكرير العدد في الحلف زيادة الإيلام والمبالغة فيه، فلم يجز أن يبر بضربه واحدة، لأن ذلك ضد مقصود الحالف، ولهذا (أغلبنا فيهما)[٣] غرض الحالف في أكل الرؤوس، وقصره على رؤوس الأنعام، وكذلك لو حلف لا شربت من هذا النهر فغرف وشرب حنث اعتباراً بغرضه.

ولأن أيمان[٤] صاحب الشريعة العدد في الضرب يقتضي التفريق، بدليل: حد الزنا، والشرب، وحد القذف، كذلك الإيجاب من جهتنا.

[**٢١٦٦/٤٩**] **مسألة**: فإن حلف لا يهب لفلان هبة. فتصدق عليه بصدقة حنث[٥].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٦]: لا يحنث[٧].

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٣؛ والمغني ١٣/ ٦١٠-٦١١؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٨٩؛ والذخيرة ٤/ ٣٣.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٣٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص١٩٨؛ وحلية العلماء ٧/ ٢٨٠-٢٨٢.

(٣) كلمتان لم تتضحا في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٤) هكذا بالمخطوط ولعلها ايجاب.

(٥) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٤٩٣-٤٩٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٧؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٣/ ٧٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٥.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ١١٩.

لأن اسم الهبة يقع على الصدقة، لأن السائل يقول: هب لي قطعة. ويقول المتصدق: وهبت للفقير قطعة. وإذا قال المتصدق: وهبت لك هذه القطعة كانت صدقة، وكذلك اسم الصدقة يقع على الهبة، قال الله تعالى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾[1] معناه: فمن وهب له[2].

ولأن العطية بغير عوض اسم لحسن بتبرع الهبة للأولاد، وتسمى نحلة، وللأجانب هدية، ومايقع على وجه القربة صدقة، وكلها هبات وإن اختلفت جهاتها، ولئن جاز أن يقال: إن الصدقة ليست هبة، جاز أن يقال أيضاً: إن نحلة الأولاد أيضاً ليست هبة.

[**٢١٦٧/٥٠**] **مسألة:** إذا حلف ما له مال. وله ديون على الناس حنث[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث[4].

لأن ما عقد عليه حول الزكاة، وجب أن يكون مالاً يحنث به، أصله: الذهب، والفضة، والماشية، والعروض.

ولأنه يقال: لفلان على فلان مال ويراد به الدين، كما يقال: لفلان على يد فلان مال ويراد به العتق، فدل على أنهما في اسم المال سواء.

---

(١) المائدة «٤٥».

(٢) انظر: تفسير الطبري ١٠/ ٣٦٧.

(٣) وهو الصحيح عند الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٩٨؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٦.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ١٩٠.

ولا يصح قولهم: إن الدين حق يثبت له في الثاني، فهو كخيار الشرط والشفعة، ولهذا لا يجري الدين في الزكاة. لأنا لا نسلم أنه يملك به في الثاني، لأنه مالك لما في ذمته، ولهذا تجب الزكاة فيه. إنما لم يجز في الزكاة، لأن الزكاة تقتضي التمليك، بدليل: قوله: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ (1) والدين ليس فيه تمليك، وإنما هو إسقاط عنه بما كان ثابتاً في ذمته.

[٢١٦٨/٥١] **مسألة:** إذا حلف لا يأكل فاكهة. فأكل عنباً، أو رماناً، أو رطباً حنث(2).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث(3).

لأن الفاكهة اسم لما يتفكهه ويؤكل على وجه، ومنه يقال: فلان يتفكه بالحديث. إذا كان يتحدث بما لا يعنيه، والرطب، والعنب / ، والرمان لا يؤكل قوتاً، وإنما يؤكل [٣٤١] تفكهاً، وهو أعلى الفواكه فحنث بذلك.

[٢١٦٩/٥٢] **مسألة:** إذا حلف لا يأكل أدماً(4). فأكل اللحم، أو البيض، أو الجبن حنث(5).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث إلا بأكل يصطبغ به، فأما اللحم،

---

(1) التوبة «١٠٣».

(2) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٩١-٥٩٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٩؛ الذخيرة ٤/ ٤٨؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤١.

(3) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٢.

(4) الإدام: ما يؤتدم به مع الخبز. انظر: تاج العروس، مادة «أدم».

(5) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٩٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٠؛ والذخيرة ٤/ ٤٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٠.

والبيض، والجبن فلا يحنث بأكله(١).

لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «سيد الأدام في الدنيا والآخرة اللحم»(٢).

وروى أنس عن النبي ﷺ قال: «سيد أدمكم الملح»(٣).

وروي عنه ﷺ أنه وضع تمرة على كسره [من خبز الشعير](٤) وقال: «هذه أدام هذه»(٥). فسمى اللحم، والملح، والتمر أدما.

ولأن الأدم سمي بهذا الاسم، لأنه يصلح الخبز ويطيبه ويحببه إلى آكله، تقول العرب: أدام الله بينكما. أي أصلح بينكما بالمحبة والاتفاق، وهذا موجود في هذه الأشياء.

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٦؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٢.

(٢) رواه ابن ماجة في الأطعمة: باب اللحم، (٣٣٠٥). من طريق العباس بن الوليد الخلال الدمشقي، ثنا يحيى بن صالح، حدثني سليمان بن عطاء الجزري، حدثني مسلمة بن عبدالله الجهني، عن عمه أبي مشجعة، عن أبي الدرداء، عن النبي صلى الله عليه وسلم. سنن ابن ماجة ٢/ ١٠٩٩. وهذا السند ضعيف، لأن فيه سليمان بن عطاء ابن قيس القرشي، أبوعمرو الجزري. قال عنه ابن حجر منكر الحديث. انظر: تقريب التهذيب ١/ ٣٢٨، وقال الألباني عن هذا الحديث: «ضعيف جدا» انظر: ضعيف سنن ابن ماجة ص ٢٦٥.

(٣) رواه ابن ماجة في الأطعمة: باب الملح، (٣٣١٥) من طريق هشام بن عمار، ثنا مروان بن معاوية، ثنا عيسى ابن أبي عيسى، عن رجل (أراه موسى)، عن أنس بن مالك، عن رسول الله صلي الله عليه وسلم. سنن ابن ماجة ٢/ ١١٠٢. قال ابن حجر في تقريب التهذيب ٢/ ١٠٠ «عيسى بن أبي عيسى الخياط متروك.» اهـ، إذا فالحديث سنده ضعيف. وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن ابن ماجة ص ٢٦٧.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) رواه أبوداود في الأيمان والنذور: باب الرجل يحلف أن لا يتأدم، (٣٢٥٩)، (٣٢٦٠)، وفي الأطعمة: باب في المتمر، (٣٨٣٠). سنن أبي داود ٣/ ٢٢٢، ٣٦١. وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن أبي داود ص ٣٢٧.

[٢١٧٠/٥٣] **مسألة:** إذا حلف على زوجته أن لا يضربها، فخنقها، أو عضها، أو نتف شعرها حنث[(١)].

خلافاً للشافعي [في قوله][(٢)]: لا يحنث[(٣)].

لأن المقصود بهذه اليمين الامتناع من إدخال الألم عليها بالفعل، والخنق أشد من الضرب في ذلك، وكذلك جر شعرها ونتفه أبلغ من الضرب، ولا يلزم عليه إذا شتمها أنها تألم ولا يحنث، لقولنا: «قصده ذلك بالفعل». فالألم حاصل هناك بغير الجنس الذي حلف عليه، فلهذا لم يحنث.

[٢١٧١/٥٤] **مسألة:** فإن حلف لا يشم البنفسج. فشم دهن البنفسج حنث[(٤)].

خلافاً للشافعي [في قوله][(٥)]: لا يحنث[(٦)].

لأن المقصود بهذه اليمين الامتناع من رائحة البنفسج، والرائحة موجودة في دهنه، فيجب أن يحنث لوجود مقصود الحالف..

[٢١٧٢/٥٥] **مسألة:** فإن قال: والله لا استخدمت هذا العبد. فخدمه من

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٤٩٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٧

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٦٧.

(٤) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٦٠٤؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٥؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٣٧.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٧٣.

غير استخدامه وهو ساكت لا ينهاه عن خدمته حنث[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن لم يكن استخدمه قبل اليمين، فخدمه بغير أمره [لم][٢] يحنث، وإن كانت اليمين على خادم قد استخدمه قبل اليمين فلم يجدد أمره بشيء من الخدمة وبقي على الخدمة له حنث[٣].

وخلافاً للشافعي في [قوله][٤]: إن خدمه عند غيره لم يحنث، وإن خدمه عند نفسه فعلى وجهين[٥].

لأن الإقرار على الخدمة استخدام، بدليل: أنه يقال: فلان يستخدم عبيده. وإن لم يجدد لهم الأمر في الحال، وإذا كان البقاء على الاستخدام لم يتناوله الاسم حنث بالبقاء والابتداء لقوله: لا أركب ولا ألبس. وهو راكب.

[٢١٧٣/٥٦] **مسألة:** إذا حلف لا يصلي. فأحرم بالصلاة حنث[٦].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٧]: لا يحنث إلا بعد أن يسجد[٨].

---

(١) انظر: المغني ١٣/ ٦١٨.

(٢) ساقط من المخطوط. انظر: الفتاوى الهندية ٢/ ١٤١.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٢/ ١٤١.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) مذهب الشافعية في هذه المسألة مثل مذهب الحنابلة. انظر: المهذب ٢/ ١٣٩؛ وتكملة المجموع ١٨/ ١٠٥.

(٦) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٧٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٩.

(٧) ساقط من المخطوط.

(٨) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٧٦-٣٧٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٦.

لأنه لو قال: والله لا أصوم. فدخل في الصوم حنث، كذلك الصلاة.

[٢١٧٤/٥٧] **مسألة:** إذا حلف لا يتكلم. فقرأ لم يحنث(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن قرأ في الصلاة لم يحنث، وإن قرأ في غير الصلاة حنث(٢).

لأن ما لم يكن كلاماً في الصلاة لم يكن كلاماً خارجاً منهما، كالإشارة، والرموز، ولايلزم عليه إذا / كبر، وسبح، ودعا خارج الصلاة، فإنه لا يحنث(٣). [٣٤٢]

[٢١٧٥/٥٨] **مسألة:** (*) إذا قال لعبدين له: إذا جاء العيد فأحدكما حر. ثم مات أحدهما، أو باعه، وجاء العيد تعين العتق في الثاني، وكذلك إن قال لعبده وعبد غيره: أحد كما حر. أو قال لعبده والبهيمة: أحدكما حر. عتق عبده، وكذلك إذا قال لزوجته وزوجة غيره: إحداكما طالقة. طلقت زوجته(٤).

خلافاً للشافعي في قوله: لا يعتق واحد منهما(٥).

لأن أحدهما لا يستحق الحرية، وهو العبد المبيع، والميت، وعبد غيره، وزوجة غيره، والبهيمة، فوجب أن ينصرف إلى الآخر، كما لو كان له نصف دار

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٦١٦؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٨٦؛ والذخيرة ٤/ ٤٨؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٧.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦٩؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣٢٣.

(٣) انظر: المغني ١٣/ ٦١٨.

(*) مكان هذه المسألة كتاب العتق.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٣٨٩.

(٥) مذهب الشافعية في هذه المسألة أنه يقرع بين الحي والميت. انظر: المهذب٢/ ٦.

ولغيره نصفها. فقال لرجل: بعتك نصف هذه الدار. فإنه ينصرف إلىٰ النصف الذي يملكه.

[٢١٧٦/٥٩] **مسألة:** إذا حلف لا يتسرىٰ فجامعها[1] حنث وإن لم يحصنها[2].

خلافاً للشافعي [في قوله][3]: إن حصنها وجامعها وطلب ولدها حنث[4].

لأن التسري فعل مأخوذ من السر، وهو الجماع، لأنه يستتسر به، فإذا فعل بالجارية ذلك وأريدت له فقد حصل الاسم، فيجب أن يحنث.

ولأن الأحكام التي يعتبر فيها الوطء لا يشترط معها التحصين وطلب الولد، بدلالة: الإحصان الموجب للرجم، وفساد الحج، ووجوب الغسل، والحد، فلما اعتبر في هذا الحكم الوطء وجب ألا يشترط معه التحصين وطلب الولد.

[٢١٧٧/٦٠] **مسألة:** إذا حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه، أو يرفع إليه كل ما يعرفه، ثم عزل ذلك العامل، فخرج أو عرف دار عدا، فلم يرفعه إليه حنث[5].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحنث[6].

---

(١) أي جاريته.

(٢) وبه قال مالك. انظر: المغني ١٣/ ٤٩٣؛ والذخيرة ٤/ ٥٢-٥٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٧٤٧٣.

(٥) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٣. وفيه ما يدل علىٰ عدم الحنث.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٠٨.

لما تقدم من أنه إذا اجتمع التعيين والإضافة كان الحكم متعلقاً بالتعيين دون الإضافة، وقد استشهدنا عليه بمسائل[١]، كذلك العمالة هي صفة مع التعيين، فلم يعتبر بها.

[٢١٧٨/٦١] **مسألة:** إذا قال: إن لم أقضك دراهمك التي لك عليَّ فعبدي حر. فباعه بها عبداً وقبضه فقد قضاه حقه ولم يبر[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يبرا[٣].

لأنه أعطاه من غير جنس حقه، فلم يبر، كما لو صالحه على العبد، فإنه لا يبرا، كذلك إذا باعه.

ولا معنى لقولهم: إن الصلح لا يقتضي ضمان البدل وإنما يقتضي الإسقاط والإبراء، وإنما أسقطت الألف عن ذمة الذي عليه، وليس كذلك ها هنا، لأن البيع يوجب ضمان الثمن في ذمة المشتري، فإذا باعه بالدين عبداً ثبت له في ذمة المشتري ثمن العبد، ثم يصير قصاصاً. لأنا لا نسلم أن البيع يوجب ضمان الثمن في ذمة المشتري، لأن الثمن ها هنا هو الدين الذي في ذمة البائع، فلا يثبت في ذمة المشتري، وكذلك لو عينا دراهماً بأعيانها، أو طعاماً بعينه لم يثبت الثمن في ذمته، وإنما ينعقد على ما عيناه، وعلى أنه لو ثبت الثمن في ذمته وصار قصاصاً فإنما سقط الدين بغير اختياره، فيجب أن لا يبرأ، لأنه لم يحصل / القضاء باختياره. [٣٤٣]

---

(١) كما في مسألة (٢٦/ ٢١٤٣).

(٢) انظر: المغني ١٣/ ٥٧٧.

(٣) انظر: فتح القدير ٤/ ٤٦٥.

[٢١٧٩/٦٢] **مسألة:** إذا حلف لا يدخل هذه الدار وهو داخلها فبقي فيها حنث[١].

خلافاً لأبي حنيفة[٢]، وأحد قولي الشافعي[٣].

لأن الدخول لا يراد للاستدامة، فهو كالركوب واللبس، وقد ثبت أنه لو حلف لا لبس قميصاً هو لابسه، أو لا ركبت، فاستدام الركوب حنث، كذلك في الدخول، ولا يلزم عليه لا تزوجت فاستدام النكاح، أو لا تطيبت، فاستدام الطيب، أولاتطهرت، فاستدام الطهارة، أو لا بعت فاستدام البيع، أنه لا يحنث، لأن تلك الأشياء تراد للاستدامة[٤].

[٢١٨٠/٦٣] **مسألة:** إذا حلف لا دخلت على زيد بيتاً. فدخل زيد عليه، فاستدام الحالف الجلوس في البيت ولم يخرج حنث[٥].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا يحنث[٦].

لما تقدم في التي قبلها، وأن الدخول لا يراد للاستدامة، فهو كالركوب، واللبس.

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٣-١٢٦٤؛ والمغني ١٣/ ٥٤٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٦٤.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٦١؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣١٩؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٣/ ٧٢.

(٣) هذا هو المشهور عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٦.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٥٦٠.

(٥) وبه قال ابن القاسم من المالكية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٩٠؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٣/ ٧٦.

(٦) انظر: الحاوي الكبير ١٥/ ٣٦٦.

[**٢١٨١/٦٤**] **مسألة:** إذا حلف لا يبيع. فباع بيعاً فاسداً لم يحنث[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][(٢)]: يحنث[(٣)].

لأنه حلف على عقد مطلق، فوجب أن يحمل على الصحيح دون الفاسد، أصله: إذا قال والله لا أتزوج، فإن أبا حنيفة وافق أنه لا يحنث بتزويج فاسد[(٤)]، كذلك البيع.

ولأن البيع له أحكام يختص به وقوع الملك، وثبوت خيار المجلس بإطلاقه، وخيار الشرط، وأحكام لا تختص به، وهو تعليق العتق، والطلاق بوجوده، فإذا كان فاسداً لم تتعلق به الأحكام التي تختص به، فلئن لا يتعلق به الأحكام التي لا تختص به أولى.

[**٢١٨٢/٦٥**] **مسألة:** إذا حلف لا يهب لفلان شيئاً. فوهب له، فلم يقبل منه حنث[(٥)].

خلافاً للشافعي [في قوله][(٦)]: لا يحنث حتى يقبل ويقبض[(٧)].

لأن الهبة إيجاب من جهة الواهب من غير عوض من جهة الموهوب له فهي

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٤٩٠-٤٩١؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٦؛ وروضة الطالبين ١/ ٤٤.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٢٥؛ ومواهب الجليل من أدلة خليل ٢/ ٢٧٢.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٢٥.

(٥) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٧٧؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٣٦.

(٦) ساقط من المخطوط.

(٧) انظر: الحاوي الكبير ١٥/ ٤٥٤.

كالإباحة، ولا شبهة أنه لا يبيح لفلان هذا الطعام، فأباحه ولم يقبله فلان حنث[١]، وكذلك لو حلف لا يهدي إلىٰ فلان. فأهدىٰ إليه ولم يقبل [٢]، وكذلك لو حلف لا يوصي له فأوصىٰ له ولم يقبل حنث[٣]، كذلك ها هنا، ولا يلزم عليه: إذا حلف لا يبيع، فأوجب البيع ولم يقبل المشتري لا يحنث، لأن هناك من جهة المشتري عوض يلزم بالقبول، وهذا معدوم ها هنا.

(١) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٧؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ٣٢٥.
(٢) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٧؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ٣٢٥.
(٣) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٧؛ وتحفة الفقهاء ٢/ ٣٢٥.

مسائل الكفارات[1]

[٢١٨٣/١] **مسألة:** يجوز تقديم الكفارة على الحنث بالمال، والصيام[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز تقديم الكفارة قبل الحنث، وإن قدمها لم يجزءه[3].

وخلافاً للشافعي في قوله: يجوز تقديمها بالمال، كالعتق، والإطعام، والكسوة، ولا يجوز بالصيام[4].

فالدلالة على أبي حنيفة: أنها يمين بالله تعالى منعقدة، فجاز أن يكفرها، دليله: إذا حنث فيها.

ولا معنى لقولهم: إنه وجد سبب الوجوب وها هنا لم يوجد. لأنه وجد سبب الوجوب، وهو اليمين، لأن هذه الكفارة مضافة إلى اليمين إجماعاً، وما أضيف إلى التعيين كان سبباً في الوجوب، كالزكاة المضافة إلى المال، وكفارة القتل المضافة

---

(١) الكفارات: جمع كفارة، وهو فداء الأيمان وغيرها من جماع في رمضان وغيره. انظر: الدر النقي ٣/٨٠٨.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١٢٤٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٠٤؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩١.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٨؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣١٥.

(٤) ووجه تفريق الشافعية بين الكفارة بالمال والكفارة بالصيام قاسوها على عبادة الأموال والأبدان فإن الاموال يجوز تعجيل الزكاة فيه قبل الحول، وأما عبادة الأبدان فلا تجزئ إلا بعد مواقيتها كالصلاة والصيام. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٧؛ والحاوي الكبير ١٥/ ١٩٠ـ١٩١.

إليه، وكفارة الظهار. ولا يلزم على هذا فدية الأذى[(١)] أنها مضافة إليه، وليس الأذى سبباً في وجوبها، لأنه قد اختلف في اضافتها، فمن الناس من قال فدية الحلق. ومنهم من يقول: فدية الأذى. فهي مختلف في اضافتها / إليه، وكفارة [٣٤٤] اليمين مضافة إلى اليمين بإجماع، على أن أحمد قد نص على جواز إخراجها عند وجود الأذى[(٢)].

ولأن كفارة القتل [(٣)] تجب بسببين، أحدهما: الجراحة، والثاني: الموت، ثم ثبت أنه لو جرحه وأخرج الكفارة، ثم مات أجزأه، وإن لم تكن تلك حالة للوجوب، كذلك كفارة [اليمين][(٤)].

ولا معنى لقولهم: إن بعد الجرح لا يحتاج إلى إحداث أمر من جهته يتعلق الوجوب به، وفي اليمين لابد من إحداث أمر تتعلق به الكفارة، وهو الحنث. لأنه يبطل إذا قال: والله لأدخلن الدار اليوم، ولأكلمن زيداً اليوم. فإن وجوب الكفارة لا يحتاج إلى إحداث أمر من جهته، لأنه يلزمه ترك الدخول، وترك الكلام، وليس ذلك فعل يجزيه.

والدلالة على الشافعي: أن الصيام نوع من أنواع الكفارة، فجاز تقديمه على الحنث، كالإطعام، والعتق. وكل حالة جاز التكفير فيها بالعتق والمال جاز التكفير

---

(١) هي فدية صيام ثلاثة أيام، أو إطعام ستة مساكين، أو ذبيحة تلزم من اضطر إلى حلق رأسه لمرض أو هوام. انظر: تفسير الطبري ٤/ ٥٤؛ والوجيز في تفسير الكتاب العزيز ١/ ١٥٦.

(٢) انظر: المغني ٥/ ٣٨٧.

(٣) كفارة القتل هي: عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. انظر: المحرر ٢/ ٩١.

(٤) ساقط من المخطوط.

فيها بالصيام إذا كان معسراً، دليله: ما بعد الحنث.

ولا معنىٰ لقولهم: إن العتق والإطعام حق مال، والصيام من عبادات الأبدان، فلا يجوز تقديمها. لأن عبادات الأبدان يجوز تقديمها علىٰ وقت وجوبها إذا وجد سبب الوجوب، وهو الجمع بين الصلاتين، فإنه يجوز تقديم الثانية في وقت الأولىٰ، وإن لم يكن وقتاً لوجوبها[١]، كذلك يجوز السعي الواجب عقيب طواف القدوم، وإن لم يكن وقتاً لوجوبه[٢]، وكذلك يجوز طواف الزيارة قبل طلوع الفجر وإن كان وقتاً لجوازه لا وقت وجوبه[٣].

[٢/٢١٨٤] **مسألة:** الصوم في كفارة اليمين متتابع[٤].

خلافاً لمالك، وأحد قولي الشافعي: هو مخير بين التتابع والتفريق[٥].

لأنه حنث لا يثبت حكمه مع وجود الرقبة، فشرط أن يكون متتابعاً، دليله: الصوم في كفارة الظهار، والقتل[٦]. وإن شئت قلت: كفارة ترتب صومها علىٰ التكفير بالمال، فكان من شرطها التتابع، دليله: ما ذكرنا.

---

(١) انظر: المغني ٣/١٣٨.

(٢) انظر: الروض المربع ص ٢٨١.

(٣) انظر: المغني ٥/٣١٢.

(٤) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١٢٥٨؛ وشرح الزركشي ٧/١٤٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/٣٥٨؛ وملتقى الأبحر ١/٣١٥.

(٥) الأظهر عند الشافعية أنه لا يجب التتابع في صوم الثلاثة الأيام. انظر: التفريع ١/٣٨٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/٣٩٠؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٩؛ وروضة الطالبين ٨/٢١.

(٦) نص اللّه على ذلك في كفارة الظهار بقوله ﴿ **فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا** . . . ﴾[المجادلة: ٤٠] ونص علىٰ ذلك في كفارة القتل ﴿ **ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة . . . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله** . . ﴾[النساء: ٩٢].

[٢١٨٥/٣] **مسألة:** إذا وجب على المرأة صوم ثلاثة أيام في كفارة اليمين، فحاضت في بعضها، أو مرضت لم يبطل التتابع. نص عليه(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تستأنف في الحيض، والمرض(٢).

لأنه صوم في كفارة، فلا يقطعه الحيض، والمرض، دليله: كفارة القتل.

ولا معنى لقولهم: إنه لا يمكنها أن تأتي بصوم شهرين من غير أن يتخللها حيض، وهاهنا يمكنها أن تأتي بصوم ثلاثة أيام من غير أن يتخللها حيض. لأنه يبطل بالمعتكف إذا خرج لصلاة الجمعة، فإنه يمكنه أن يعتكف من غير أن يتخلله خروج الجمعة، وهو أن يعتكف في الجامع، ومع هذا لا يبطل اعتكافه(٣).

[٢١٨٦/٤] **مسألة:** الكسوة لكفارة اليمين لكل مسكين مقدرة بأقل ما تجزئ فيه الصلاة، وأقله في حق الرجل ثوب كالقميص والإزار، ولا يجزي الميزر، ولا السراويل، ولأنه يجب ستر منكبيه في الصلاة، وكذلك العمامة والمنديل، وأما المرأة فأقله ثوبان قميص وخمار(٤).

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يجزئُ جميع ذلك، واختلفوا في

---

(١) وهو أحد القولين للشافعية. انظر: حاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٥٧١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢١.

(٢) وهو المذهب عند الشافعية. انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٤٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢١.

(٣) انظر: المغني ٤/ ٤٦٦.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٥٥-١٢٥٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٣٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٠.

القلنسوة[١] على وجهين[٢].

لأن المئزر والسراويل لا تجزئُ الصلاة فيه، فلم تجزئُ في الكفارة كالقلنسوة / [٣٤٥] والعصابة والخف.

ولأنها كسوة واجبة فلا يجزئُ الاقتصار فيها على السراويل، دليله: كسوة الزوجة.

ولأن القصد بالكسوة ستر العورة، كما أن القصد بالطعام سد الجوعه، فكما لا يجوز في الإطعام، كذلك لا يجوز في التكفير ما لا يستر.

[٢١٨٧/٥] **مسألة:** إذا أطعم خمسة [مساكين][٣] وكسا خمسة أجزأه[٤][٥].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجزيه[٦].

وهكذا الخلاف فيه إذا أطعم خمسة براً، وخمسة شعيراً، أو خمسة تمراً، وخمسة زبيباً.

---

(١) قال الزبيدي في تاج العروس مادة «قلس»: القلنسوة والقلنسية تلبس فوق الرأس معروف» ١٦/ ٣٩٣.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢١.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) روي عن الإمام مالك جواز ذلك، وتحصيل مذهبه عدم الجواز، وهو المشهور. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٦٠-١٢٦١؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٥٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٠.

(٥) مذهب الحنفية في هذه المسألة: جواز ذلك إذا كان الطعام أرخص من الكسوة. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٦١.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٢٠؛ وحلية العلماء ٧/ ٣٠٦.

لأنه أخرج من الجنس [المنصوص][١] عليه إلىٰ عدد مخصوص، فوجب أن يجزيه، كما لو أخرج من جنس واحد.

وإن شئت قلت: أطعم عشرة من الجنس المنصوص عليه، أصله: إذا أطعم خمسة براً، وخرج إلىٰ بلد آخر غالب قوتهم الشعير، فأطعم خمسة شعيراً أجزأه، وكل إطعام أجزأ في بلدين أجزأ في بلد واحد، كالجنس الواحد.

ولأن الإطعام والكسوة المقصد منهما واحد ويتقارب، لأن القصد من الإطعام سد الخله وشبع الجوعه، وكذلك الكسوة القصد منها ستر العورة، وسد الخلة، وإذا كان معناهما واحد جازإخراجهما في كفارة واحدة، كالجنس الواحد .

ويفارق هذا: إذا أعتق نصف رقبة، وأطعم خمسة، أوكساهم، أو أطعم خمسة وصام يومين، أنه لا يجزيه، لأن المقصد منهما مختلف، لأن القصد من العتق تكميل الأحكام، والقصد من الصوم عبادة محضة علىٰ البدن، والقصد من الإطعام والكسوة سد الخلة، وشبع الجوعه وسترالعورة، فهما في حكم الجنس الواحد.

[٢١٨٨/٦] **مسألة:** إذا كرر اليمين علىٰ شيء واحد، أو علىٰ أشياء، وحنث لزمته كفارة واحدة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك[٣]، والثانية: عليه بكل يمين كفارة سواء كانت علىٰ

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٤٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٩٧.

(٣) مذهب مالك في هذه المسألة أن عليه كفارة واحدة. إلا أن يريد بأيمانه كفارات عدة. انظر: التفريع ١/ ٣٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٨٥.

فعل واحد أو أفعال[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: إن كانت على أشياء مختلفة وجب في كل واحد منهما كفارة، وإن كانت على شيء واحد كررها وقصد التكرار فعلى قولين، أحدهما: كفارتان، والثاني: كفارة[٢].

لأن الكفارات تطهير للذنوب، كالحدود، قال النبي ﷺ: «الحدود كفارات لأهلها»[٣]. ثم الحدود إذا ترادفت تداخلت[٤]، كذلك ها هنا.

ولا معنى لقولهم: إن الحدود لا يتعلق بها حق آدمي، والكفارات يتعلق بها حق آدمي، لأن مصرفها إلى الفقراء. لأن علة الأصل تبطل بالصلاة، والصيام لا يتعلق به حق آدمي و لا تتداخل، وعلة الفرع تبطل إذا كرر محظورات الحج في مجلس واحد، فإنه تتداخل، وكذلك وطء الشبهة إذا كرره، فإن المهر يتداخل، وهو حق الآدمي، وكذلك إذا قطع يد رجل فسرى إلى نفسه دخلت دية اليد في دية النفس، وكذلك الآجال[٥].

ولا معنى لقولهم: إن الحد يسقط بالشبهة (والكفارة)[٦] لا تسقط بالشبهة. لأن

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٠٣؛ والمقنع لابن البنا ٣/ ١٢٤٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٧١؛ وحلية العلماء ٧/ ٣٠٥.

(٣) سبق تخريجه والحكم عليه في كتاب الظهار مسألة (٣٤).

(٤) هذه إذا كانت من جنس واحد مثال ذلك أن يزني ولم يقام عليه الحد ثم زنى مرة أخرى فإنه يكتفى بحده مرة واحدة أما إذا كانت مختلفة مثال أن يزني ويشرب الخمر ويسرق، فإن كان فيها قتل فإنه يكتفى بالقتل ويسقط سائرها، أما إذا لم يكن فيها قتل فتستوفى جميعها. انظر: المغني ١٢/ ٤٨٧.

(٥) هكذا بالمخطوط ولم يتضح لي المراد.

(٦) في المخطوط (كفار).

القتل يسقط بالشبهة، واجتماع أشياء به لا تصير شبهة، فإن الواحد لو قتل جماعة لم تتداخل، ولا نسلم أن كفارة اليمين لا تسقط بالشبهة، لأن النسيان يسقط فيها، وهو شبهة فيها.

[٢١٨٩/٧] **مسألة:** لا يجوز دفع الكفارة إلي صبي لم يأكل الطعام، وكذلك الزكاة(١).

خلافاً لأكثرهم في [قولهم](٢): يجوز(٣).

لقوله تعالى / : ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾(٤) وهذا يقتضي أن يكونوا على صفة من يطعم، لأنه إذا قيل: فلان أطعم فلاناً. فمعناه: قدم إليه الطعام حتى أكله. [٣٤٦]

ولأنه دفعها إلى من لم يطعم فلم يجزه، دليله: إذا دفعها إليه من جنسين، مثل: إن دفع إليه من البر، والشعير، والتمر، والزبيب، أو دفعها قبل الحنث.

وإن شئت قست بهذا العبارة على الحمل، وهما سواء، وذلك أن الكفارة تقتضي التمليك، كما أن الإقرار، والوصية، والميراث تقتضي التمليك، والحمل تصح الوصية به، والإقرار والميراث له، ولا يصح دفع الكفارة.

ولأن الإطعام أحد الصفتين المذكورة في الآية فكان وجودها سبباً في جواز [ ](٥)، دليله: المسكنة.

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٥٣-١٢٥٤؛ والمغني ١٣/ ٥٠٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٢٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) منهم المالكية، وبعض الشافعية، ورجحه النووي من الشافعية، وبعض الحنابلة. انظر: المعونة ١/ ٦٤٤؛ والمغني ١٣/ ٥٠٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨٠.

(٤) المائدة «٨٩».

(٥) بياض بالمخطوط مقداره كلمة.

[٢١٩٠/٨] **مسألة:** إذا كفر العبد (بالعتق)[١] بإذن سيده وحكمنا بصحة ملكه أجزأه[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: يجزئه الإطعام، ولا يجزئه العتق[٣][٤].

لأن من صح أن يكفر بالإطعام صح أن يكفر بالعتق، كالحر المعسر إذا أعتق عبد غيره بإذنه.

ولأن العتق أحد ما يخرج في الكفارة، فصح بإذن السيد، دليله: الإطعام، والكسوة، وكل من صح عتقه في كفارته إذا ثبت له عليه الولاء صح وإن لم يثبت له الولاء، دليله: الكافر إذا أعتق عبداً مسلماً عن كفارته، وهو أن يكون قد ورث عبداً فأعتقه.

ولا معنىٰ لقولهم: إن العتق يقتضي الولاء، والولاء يقتضي الولاية والإرث، وليس العبد من أهل الولاية، ولا من أهل الإرث. لأنه يبطل بالكافر إذا أعتق في كفارته عبداً مسلماً، فإنه يجزيه عن كفارته، وإن لم يثبت الولاء، وعلىٰ أن العتق في الكفارة لا يستفيد به الولاء علىٰ أصلنا ويكون مصروفاً في الرقاب.

[٢١٩١/٩] **مسألة:** إذا أراد العبد أن يكفر بالصيام لم يكن له منعه منه. نص

---

(١) في المخطوط (بالاطعام) وما أثبت هو الصحيح.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٥٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٠.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٩؛ وحلية العلماء ٧/ ٣١١.

(٤) مذهب الحنفية في هذه المسألة: أنه لا يجزئ العبد إلا الصوم وإن أعتق عنه سيده أو أطعم. انظر: ملتقى الأبحر: ١/ ٢٨٥.

عليه[١].

خلافاً للشافعي في قوله: إن أذن له في اليمين والحنث لم يكن له منعه، وإن لم يأذن له فيهما كان له منعه[٢].

لأنه صوم واجب فلم يكن للسيد منعه منه، دليله: صوم رمضان وقضاؤه، ولا يلزم عليه إذا نذر صياماً، لأنه ليس للسيد منعه منه نص عليه في المرأة تحلف بالحج والصوم، ولها زوج، لها أن تصوم بغير إذنه، ونص في العبد إذا دخل أول يوم من شهر رمضان فقال: امرأته طالق ثلاثاً إن لم يجزءهُ. قال: يحرم، ولا تطلق امرأته، وليس له منعه. وكل صوم لزم الحر لزم العبد، دليله: ما ذكرنا، وليس لهم أن يقولوا: إن ذلك الصوم وجب بالشرع، وهذا إيجابه[٣]، لأنه غير ممتنع أن يلزمه، وإن كان إيجابه بسبب من جهته، كما لو كان الزمان معتدلاً، فإنهم وافقوا أنه / ليس له منعه. [٣٤٧]

ولا معنى لقولهم: مع الاعتدال لا ضرر عليه، وفي شدة الحر عليه ضرر. لأنه ما يبطل بصوم رمضان في الحر.

[٢١٩٢/١٠] **مسألة:** إذا وجبت عليه الكفارة ونصفه عبد ونصفه حر، وهو موسر بما فيه من الحرية، فإنه يلزمه التكفير بالإطعام والكسوة[٤].

---

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٥٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٤٤؛ وملتقى الأبحر ١/ ٢٨٥ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٠.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٩؛ وحلية العلماء ٧/ ٣١٠.

(٣) هكذا بالمخطوط ويظهر لي أن فيه سقطاً في الكلام ولعله: بسبب من جهته.

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٥٧٢؛ والمغني ١٣/ ٥٣٣.

خلافاً للشافعي في قوله: فرضه الصيام، ولا يجب عليه الإطعام[١].

لأنه لو كان حراً موسراً فرضه الإطعام، ولو كان عبداً فرضه الصيام، وإذا كان بعضه حراً، وبعضه عبداً لم يجز تبعيض الكفارة، فلابد من تقديم أحدهما، فكان تقديم ما فيه من الحرية أولىٰ من ثلاثة أوجه: أحدهما: أن الأصل في الكفارة التكفير بالمال، والصوم فرع عليه، فكان حفظ الأصل أولىٰ من الإخلال به.

ولأن الحرية إذا اجتمعت مع الرق غلبنا حكم الحرية، بدليل: أن من أعتق شريكاً له نصيبٌ في عبد، سرىٰ إلىٰ نصيب شريكه، فإذا كان كذلك، وجب أن نغلب حكم الحرية.

ولأن من فرضه الصيام إن حمل علىٰ نفسه وكفر بالمال أجزأه، ومن فرضه الإطعام إن تركه وصام لم يجز فكان تقديم المال أولىٰ.

[٢١٩٣/١١] **مسألة:** إذا كان ماله غائباً، أو ديناً، فلم يجد ما يطعم أو يكسو، أو يعتق لم يجزئه الصيام، وعليه أن (ينتظر)[٢] حتىٰ يصل إلىٰ ماله، ثم يكفر بالمال[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجزئه[٤].

---

(١) وبه قال أبو حنيفة، وأما المذهب عند الشافعية في هذه المسألة أنه لا يكفر بالعتق، ويكفر بالإطعام، والكسوة. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٩٩؛ وحلية العلماء ٧/ ٣١١؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٥٨٢.

(٢) في المخطوط (يصوم).

(٣) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٥٣٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٤٨؛ والذخيرة ٤/ ٦٦؛ وروضة الطالبين ٦/ ٢٨٢.

(٤) انظر: فتاوىٰ قاضيخان بهامش الفتاوىٰ الهندية ٢/ ٢٠.

لأن كفارة اليمين ليست بمحصورة بوقت، فتأخرها لا يوجب فواتها، ولا يلحقه به ضرر، أيضاً، فإذا كان كذلك أمكنه أن يأتي بالمبدل فلا يجوز أن ينتقل إلىٰ البدل، كما لو لم يكن غائباً عنه، ولا يلزم عليه التيمم، لأن تأخره يوجب فوات الصلاة[١]، وكذلك دم التمتع تأخره يوجب فواته[٢]، ولهذا يجب عليه دم عندنا لتأخيره، ولايلزم عليه كفارة الظهار، لأن الأمر فيها محتمل علىٰ أن في تأخيرها ضرراً عليه، وهو المنع من الجماع إلىٰ أن يصل إلىٰ ماله[٣].

(١) انظر: المغني ١٣/ ٥٣٥.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

كتاب النذور[١]

[٢١٩٤/١] **مسألة:** إذا قال: إن دخلت هذه الدار، أوكلمت زيداً فمالي صدقة، أو فعليَّ حجة، أو صوم سنة ففعل ذلك فهو مخير إن شاء وفى بها لزمه بعينه، وإن شاء كفر[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلزمه الوفاء بماله ولا تجزئه الكفارة[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: إن حلف بصدقة ماله لزمه أن يتصدق بثلث ماله ولا تجزئه الكفارة، وإن حلف بالحج، أو بالصوم لزمه الوفاء بذلك[٤].

وخلافاً لداود في قوله: لا يلزمه الوفاء به، ولا كفارة عليه[٥].

لما روي عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: «من حلف بالمشي أو بالهدي، أو جعل ماله في سبيل الله، أو في المساكين أو في رتاج الكعبة فكفارته

(١) النذور: جمع نذر، يقال: نذرت أُنذر وأَنذُر بكسر «الذال» وضمها نذراً، فأنا ناذر: إذا أوجبت على نفسك شيئاً تبرعاً. انظر: الدر النقي ٣/ ٧٩٧.

وشرعاً: هو إلزام مكلف مختار نفسه لله تعالى شيئاً غير محال، بكل قول يدل عليه. انظر: نيل المآرب ٤/ ٤٥٣.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٦٢٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٩٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٥.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٩٩.

(٤) انظر: التفريع ١/ ٣٨٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٦ـ٣٩١.

(٥) انظر: المحلى ٨/ ٣٤٣ نشر مكتبة الجمهورية.

كفارة يمين»[١].

/ وكل من اشتغلت ذمته بحنث برئت منه بكفارة يمين، أصله اليمين، ولا يلزم [٣٤٨] عليه الطلاق، والعتاق، لأنهما يقعان عقيب قوله ولا تشغل ذمته بهما.

ولا معنىٰ لقولهم: وجب أن لا يخير بين الكفارة وغيرها، كاليمين. لأنه إنما لم تجب في اليمين، لأنها يمين محضة، فلهذا تعينت الكفارة، وها هنا أخذ شبهاً من اليمين وشبهاً من النذر، فلهذا خَيَّرناهُ لنعطيه شبهاً من كل واحد منهما، أما شبهه بالأيمان، فهو أنه يقصد به المنع من فعل، والالتزام بفعله، كما أن الحالف يقصد منع نفسه من فعل المحلوف عليه، وشبهاً بالنذر، وهو أنه ألزم ذمته إخراج حق لوجود شرط من غير تعليق ذلك باسم الله، أو صفة من صفاته، وهذا معنىٰ النذر، فأعطيناه شبهاً منهما، كما قلنا في قتل شبه العمد لما أخذ شبهاً من العمد لوجود العمد غلظنا ديته، وشبهاً من الخطأ في أنه أخطأ في قصده أسقطنا القود فيه[٢].

[٢١٩٥/٢] **مسألة:** إذا قال: إن شفىٰ الله مريضي فمالي صدقة، فشفىٰ مريضه لزمه أن يتصدق بثلث ما يملكه مما تجب الزكاة فيه ومما لا تجب[٣].

---

(١) رواه الدارقطني في النذور، (٤) من طريق كثير بن مروان، ثنا غالب بن عبيدالله العقيلي، عن عطاء بن أبي رباح، عن عائشة مرفوعا. قال: الدارقطني: «غالب ضعيف الحديث». انظر: سنن الدارقطني ٤/ ١٦٠.

(٢) انظر: المحرر ٢/ ١٢٤.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٦-١٢٧٧؛ والمغني ١٣/ ٦٢٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٠٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٦.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعم جميع الأموال الزكاتية[١].

وخلافاً للشافعي [في قوله][٢]: يتصدق بجميع ما يملكه[٣].

لما روي أن أبا لبابة بن عبد المنذر لما تاب الله عليه قال: يارسول الله إن من توبتي أن أهجر دار قومي وأساكنك، وأن انخلع من مالي صدقة لله ولرسوله، فقال رسول الله ﷺ]: «يجزئ عنك الثلث»[٤].

ولأن أبا حنيفة، ومالك[٥]: لا يعم الوجوب جميع جنس الأموال بل يختص بالزكاتية، فأولىٰ أن لا يعم المال، كالزكاة لما لم تعم جميع الأموال لم تعم قدراً من المال فيستحق جميعه فيها.

وإن شئت قلت: النذر أحد جهتي الإيجاب، فلم يوجب إخراج جميع المال، دليله: الزكاة.

ولا معنىٰ لقولهم: لو كان بمنزلة الزكاة لوجب أن يحمل عليها المقدار فيخرج منها خمسة دراهم، لأنه ليس إذا لم يحمل عليها في المقدار لم يحمل عليها في البعض، ألا ترىٰ أن الزرع لا يحمل علىٰ الدارهم، والدنانير، والماشية في

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٧.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٤؛ وحلية العلماء ٣/ ٣٨٩.

(٤) رواه البخاري في الوصايا: باب إذا تصدق أو أوقف بعض ماله . . .، (٢٧٥٧). صحيح البخاري ٢/ ٢٩٢، ومسلم في التوبة: باب حديث كعب بن مالك وصاحبيه، (٢٧٦٩) (٥٣). صحيح مسلم ٤/ ٢١٢٧؛ وأبوداود في الأيمان والنذور: باب فيمن نذر أن يتصدق بماله، (٣٣١٩). سنن أبي داود ٣/ ٣٨، واللفظ له.

(٥) هكذا بالمخطوط ويظهر لي سقط بالكلام.

المقدار، وحمل عليها في البعض، فلا يجب استيعاب المال في كل واحد منهما.

ولأنه جعل ماله صدقة على الإطلاق، فلم يلزمه إخراج جميع المال، أو نقول: فيقدر بالثلث، كما لو اوصى أن يتصدق بماله.

ولا معنى لقولهم: إن هناك تعلق حق الورثة، وليس كذلك ها هنا، لأنه لا حق له فيه. لأنه يبطل بنذر اللجاج والغضب، فإنه لا حق لهم، ومع هذا لا يلزم جميعه، وكذلك الزكاة.

ولا معنى لقولهم: إن نذر اللجاج فيه معنى اليمين، وهذا ليس فيه معنى اليمين، لأنه ليس إذا لم يكن فيه معنى اليمين وجب استيعابه، بدليل: الزكاة، ويفارق هذا إذا نذر عبادة على البدن، كالصلاة، والصيام، والحج، والعمرة، أنه يلزمه الوفاء بجميعه، لأن عبادات الأبدان أدخل في اللزوم من الأموال، ألا ترى أنه لو بذلت له الطاعة في الحج بعمل النذر لزمه (قبول)[1] ذلك عندهم، ولو بذل له المال لم يلزمه / ، وبذل الطاعة هناك يقتضي الوجوب بلفظ النذر، وكذلك لو [٣٤٩] بذل للعاجز عن الطهارة من يوضيه لزمه قبوله، ولو بذل له آخر من يوضيه لم يلزمه.

ولأنها تجب في حق الغني والفقير، وعبادات الأبدان [لا][2] يعتبر فيها نصاب، وعبادات الأبدان منها ما يتكرر في اليوم والليلة، وهي الصلاة، وعبادات الأموال ليس فيها ما يتكرر في الحول، ومن عبادات الأبدان ما يقبل بتركها وليس

(١) في المخطوط (قول) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٢) ساقط من المخطوط.

ذلك في الأموال، وعبادات الأبدان إذا تعلقت بعين المال، كالزكاة، والعشر جاز العدول عن المال والإحرام[١] من غيره، وحقوق الأبدان كالحج ونحوه لا يجوز عدول عن بدن المكلف إلىٰ بدن غيره مع القدرة عليه، فدل علىٰ ما ذكرنا من تأكيدها.

والدلالة علىٰ أنه يعم جميع الأموال: أنه جعل ماله صدقة علىٰ الإطلاق، فوجب أن يعم جميع ما يسمىٰ مالاً، أصله: إذا أوصىٰ أن يتصدق بماله.

ولا معنىٰ لقولهم: الوصية [ ][٢] الميراث فيعم، والبدن ينصرف إلىٰ مال خاص، كالزكاة، لأنه لا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر في صفة المال، كما لو نذر أن يتصدق بما يملك. قال أبو حنيفة: يتصدق بجميع أمواله[٣]. كذلك إذا قال: بمالي. ولو كان بمنزلة الزكاة في الصفة لوجب أن لا يعم في قوله: أن أتصدق بما أملك. كان ذلك لا يعم الزكاة.

ولا معنىٰ لقولهم: الوصية يدخل فيها مالم يكون موجوداً حين الوصية، والنذر لا ندخله فيه ما لم يكن موجوداً. لأنه ليس إذا لم يدخل في النذر ما يحدث علىٰ ملكه بعد النذر لم يعم الوجود، وكما إذا قال: لله عليَّ أن أتصدق بما أملكه.

[**٢١٩٦/٣**] **مسألة:** يلزم النذر المطلق كما يلزم المعلق بشرط[٤].

---

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) كلمتان لم أستطع قراءتهما في المخطوط.

(٣) انظر: مختصر اختلاف الفقهاء ٣/ ٢٥٧.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٤؛ والمغني ١٣/ ٦٢٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٩٥؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٦٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩١.

خلافاً لجماعة من أصحاب الشافعي في قولهم: لا يصح إلا أن يكون معلقاً بشرط[١].

لأنه ألزم نفسه قربة على وجه النذر، فوجب أن يلزمه الوفاء، كالأضحية، وقد ثبت أنه لو نذر أضحية مطلقاً من غير أجزاء لزم البدن، وكذلك غير الأضحية.

[٢١٩٧/٤] **مسألة:** نذر المعصية ينعقد ويكون موجبه كفارة يمين، مثل أن يقول: لله عليَّ أن أشرب الخمر، أو أقتل النفس، أو أقطع الطريق ونحوه[٢].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا ينعقد، وليس فيه كفارة[٣].

لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين»[٤].

---

(١) المذهب عند الشافعية أنه يصح النذر المطلق. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص٨٥.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٤؛ والمغني ١٣/ ٦٢٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٥٩٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٩٥؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٦٨.

(٣) منهم مسروق، والشعبي، ومالك، والشافعي. انظر: حلية العلماء ٣/ ٣٨٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٦؛ والمغني ١٣/ ٦٢٤.

(٤) رواه أبو داود في الإيمان والنذور: باب من رأي عليه كفارة إذا كان في معصية، (٣٢٩٠). سنن أبي داود ٣/ ٢٢٩، وابن ماجة في الكفارات: باب النذر في المعصية، (٢١٢٥). سنن ابن ماجة ١/ ٦٨٦، والترمذي في النذور والأيمان عن رسول الله ﷺ: باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا نذر في معصية، (١٥٢٤). سنن الترمذي ٤/ ١٠٣، والبيهقي في الأيمان: باب من جعل فيه كفارة يمين. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٦٩، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢١٤.

ولأن الكفارة تتعلق بجنسه، وهو النذر اللجاج، ونذر المطلق، فصح عقده علىٰ فعل محظور، دليله: اليمين بالله تعالىٰ.

ولأن الكفارة تتعلق به إذا كان علىٰ وجه القربة، فتعلقت به إذا كان علىٰ وجه المعصية، كاليمين.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الكفارة وجبت هناك، لأن فيها هتك حرمة القسم، وليس ها هنا حرمة قسم، / وكذلك، النذر المطلق، وكذلك إذا حرم أمته، وتجب [٣٥٠] الكفارة.

ولأن النذر عقد، كما أن الإحرام عقد، ثم قد تنعقد الصلاة الشرعية علىٰ وجه محرم وهو إذا صلىٰ في دار غصب، أو ثوب غصب، وكذلك لا ينعقد البيع علىٰ وجه محرم، وهو عند الندا[١].

ولأن نذر المعصية قد ينعقد عند أبي حنيفة، وهو إذا نذر ذبح ولده[٢]، وعند الشافعي، وهو إذا نذر أن يصلي في دار غصب[٣].

ولأنه لو نذر ما يعجز عن فعله مثل: إن نذر ألف حجة، أو نذر الشيخ الفاني الصوم، فإنه ينعقد نذره ويلزمه أن يحج من ماله، ويلزمه أن يطعم عن كل يوم مسكيناً، كذلك إذا نذر ما يمنع من فعله يجب أن تلزمه كفارة لتساويهما في عدم الفعل.

ولا معنىٰ لقولهم: أن النذر هناك تضمن قربة، وهذا تضمن معصية، لأنه لو حلف لا يصلي ولا يصوم انعقدت يمينه وإن كانت علىٰ معصية.

---

(١) انظر: المغني ٣/ ١٦٢.

(٢) انظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٦٠١.

(٣) انظر: المهذب ١/ ٢١٨.

[٢١٩٨/٥] **مسألة:** إذا قال: لله عليَّ أن أذبح ولدي. لزمه ذبح شاة[١].

خلافاً للشافعي [في قوله][٢]: لا يلزمه شيء[٣].

لأن إبراهيم لما [شرع في][٤] ذبح ولده فداه الله بشاة، وشرع من قبلنا شرع لنا[٥].

ولأن ما كان موجبه في شريعة من كان قبل نبينا شاة كان موجبه في شريعة نبينا شاة، دليله: إذا قال: لله عليَّ أن أذبح شاة.

[٢١٩٩/٦] **مسألة:** نذر المباح ينعقد، ويكون مخيراً بين الوفاء به وبين تركه، ويلزمه كفارة يمين، مثل أن يقول: لله عليَّ أن أركب دابتي، وأسكن داري، أو ألبس أحسن ثيابي، ونحو ذلك[٦].

خلافاً لأكثرهم [في قولهم][٧]: لا تنعقد، ولا تلزمه كفارة[٨].

لما روى عقبة بن عامر عن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة يمين»[٩].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/٥٩٧؛ وحاشية ابن عابدين ٣/٦٩.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المهذب ١/ ٢٤٢؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٤٦٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩١.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: أصول مذهب الإمام أحمد ص ٥٤٨.

(٦) انظر: المقنع لابن البنا ٣/١٢٧٥؛ والمغني ١٣/٦٢٦-٦٢٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ١٩٥.

(٧) ساقط من المخطوط.

(٨) منهم الحنفية، ومالك، والشافعي، ورواية عن الإمام أحمد. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٦٨؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ١٦٢؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٤؛ والمغني ١٣/٦٢٧.

(٩) رواه مسلم في باب في كفارة النذور (١٦٤٥) صحيح مسلم ٣/ ١٢٦٥.

ولأن النذر يتعلق بجنسه الكفارة، وهو النذر المطلق، ونذر اللجاج، فصح عقده على فعل مباح كاليمين بالله تعالىٰ.

[٧/٢٢٠٠] **مسألة:** إذا نذر أن يصلي في المسجد الحرام لزمه أن يصلي فيه ولم يجز أن يصلي في غيره(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: له أن يصلي في أي موضع شاء(٢).

لما روىٰ جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه»(٣). فإذا كانت الصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة في مسجد النبي ﷺ وفي سائر المساجد، فيصير كأنه أوجب على نفسه مائة ألف صلاة، فصلىٰ صلاة واحدة فلا يجزئُ عن الصلوات المنذورة.

ولأن ما كان مرغباً في فعله وجب أن يجب بالنذر، أصله: فعل الحج، والعمرة، والصلاة، وقد ثبت أن الشرع قد ورد في الترغيب في الصلاة في المسجد الحرام، وجعلت صلاة الواحد فيه بمنزلة [مائة](٤) ألف صلاة، ولا يلزم

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٦٤٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٤؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٤٧٠.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٣٩.

(٣) رواه البخاري في فضل الصلاة: باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، (١١٩٠). صحيح البخاري ١/ ٣٦٧، ومسلم في الحج: باب فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة، (١٣٩٤) (٥٠٥)، (٥٠٦)، (٥٠٧)، (٥٠٨)، (١٣٩٩) (٥٠٩)، (١٣٩٦)، (٥١٠). صحيح مسلم ٢/ ١٠١٢-١٠١٤.

(٤) في المخطوط (ألف ألف صلاة).

عليه إذا نذر قيام ليلة القدر أنه يلزمه ذلك ولا يقوم غيرها مقامها، ويكون الطريق إلىٰ الوفاء بنذره أن يفعله في كل ليلة من ليالي العشر / الأواخر، كما إذا نسي [٣٥١] صلاة من صلوات اليوم والليلة، ولا يعرف عددها صلاها كلها، ولا يلزم عليه إذا نذر أن يصلي المكتوبة في جماعة، فإنه يلزمه بنذرها أن يصليها في جماعة، لأن النبي ﷺ رغب في فعلها، وأخبر أن صلاة الجماعة تفضل عن صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة»[١]. وإنما يصح هذا علىٰ أصلنا في حق من لا تلزمه الجماعة، كالمرأة، والعبد، لأنها واجبة علىٰ غيرهما بأصل الشرع، ولا يلزم عليه إذا نذر أن يصلي في مسجد عتيق فأراد أن يصلي في مسجد جديد، لأنه يحتمل أن نقول: لا يجزئه وتجب الصلاة في المسجد العتيق. ولايلزم عليه إذا نذر أن يعود مريضاً، أو يشيع جنازة، فإنه يجب [الوفاء][٢] بالنذر، لأنه طاعة[٣].

[٢٢٠١/٨] **مسألة:** إذا نذر أن يصلي في مسجد النبي ﷺ أو بيت المقدس، أو نذر المشي إليهما انعقد نذره ولزمه ذلك[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في أحد قوليه: لا يلزمه ذلك[٥].

---

(١) رواه البخاري في الأذان: باب فضل صلاة الجماعة، (٦٤٦)، (٦٤٧). صحيح البخاري ١/ ٢١٦، ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة: باب فضل صلاة الجماعة، وبيان التشديد في التخلف عنها، (٦٤٩)، (٢٤٥)، (٢٤٦)، (٢٤٧). صحيح مسلم ١/ ٤٤٩-٤٥٠.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: المحرر ٢/ ١٩٩.

(٤) وبه قال مالك إلا أنه قال: لا يلزمه المشي، له أن يركب دابة. انظر: المغني ١٣/ ٦٣٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٤.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٣٣٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٥؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٣٧٠.

لما روي عن النبي ﷺ [أنه][1] قال: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، ومسجدي هذا، والمسجد الأقصى»[2]. ولا يجوز أن يكون المراد به لا يجوز شدها إلى غيرها من المساجد ثبت أن المراد به لا يجب، وهذا يقتضي وجوب المشي إليها.

ولأنه مسجد ورد الشرع بشد الرحال إليه، فجاز أن يلزمه اتيانه بالنذر، دليله: اتيان مكة.

ولا معنى لقولهم: أن هناك يتضمن نسكا، لأن مثله ها هنا يتضمن عبادة: وهو الصلاة فيهما.

[٢٢٠٢/٩] **مسألة:** إذا قال: لله عليَّ المشي إلى المسجد الحرام، أو الحرم، أو بقعة من الحرم، كالصفا، والمروة، ومنى، والمزدلفة لزمه المشي من الموضع الذي نذر[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن قال: لله عليَّ المشي إلى مكة، أو إلى بيت الله، أو إلى الكعبة. لزمه ذلك، وإن قال: إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام، أو

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) رواه البخاري في فضل الصلاة: باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، (١١٨٩). صحيح البخاري ١/ ٣٦٧؛ ومسلم في الحج: باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، (٨٢٧) (٤١٥). صحيح مسلم ٢/ ٩٧٥-٩٧٦.

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٣/ ٦٣٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢١١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٨٥.

الصفا، والمروة. لم يلزمه ذلك[(١)].

لأنه نذر المشي إلىٰ الكعبة باسم من أسمائها وهو المسجد الحرام، أشبه إذا نذر المشي إلىٰ بيت الله الحرام، أو قال: إلىٰ الكعبة. يبين صحة هذا: أنه إذا وجب باسم البيت والكعبة أولىٰ أن يجب باسم المسجد الحرام، لأن الشرع ورد بهذا فروىٰ أبوسعيد عن النبيﷺ أنه قال: «لا تشد الرحال إلا إلىٰ ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، ومسجدي هذا، والمسجد الأقصىٰ»[(٢)]. أو نقول: نذر المشي إلىٰ موضع، أو بقعة لا يوصل إليه إلا بإحرام، أشبه ما ذكرنا.

[٢٢٠٣/١٠] **مسألة:** إذا نذر صلاة لزمه ركعتان[(٣)].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: يلزمه ركعة[(٤)].

لأن النذور محمولة علىٰ أصولها في الفروض، ولم يثبت في الفروض صلاة أقل من ركعتين.

ولأنها عبادة تلزم بالنذور، فوجب أن تلزم بالإيجاب حسب ما ثبت في الفروض/ ، كالحج. [٣٥٢]

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٩٢.

(٢) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية، وأحد القولين للشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٧٧-١٢٧٨؛ والمغني ١٣/ ٦٣٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢١٠؛ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٦٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٦؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٥٠٢.

(٤) أصح القولين عند الشافعية أن أقل الصلاة ركعتان. انظر: الحاوي الكبير ١٥/ ٥٠٢؛ وحلية العلماء ٣/ ٣٩٤.

ولأن الركعة الواحدة لا تجزئ في الواجبات، فلا تجزئ عن مطلق النذر، كالسجدة.

[**٢٢٠٤/١١**] **مسألة:** إذا نذر أن يحج في عام بعينه، فحصر[١] عن الحج في هذا العام لم يسقط عنه في عام آخر إذا وجد شرائط الحج[٢].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: يسقط عنه[٣].

لأنها حجة واجبة لو أخر فعلها بغير حقه تثبت في ذمته شرائطها، كذلك إذا أخرها بالحصر، دليله: الواجبة بالشرع إذا وجد شرائطها فأحصر عنها ثبتت في ذمته، كما لو أخرها بغير حقه، كذلك الحجة المنذورة

[**٢٢٠٥/١٢**] **مسألة:** إذا نذر أن يصوم شهراً ولم يعينه وجب فيه التتابع[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي، والثانية: لا يجب[٥].

لأنه حكم معتبر بالشهور، فاقتضى إطلاقه التتابع، دليله: مدة العدة، ومدة الإيلاء.

---

(١) أي حبس ومنع. انظر: الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ١/ ١٥٦.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٣/ ٦٥٤؛ ومختصر اختلاف العلماء ٢/ ٤٥.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: الحاوي الكبير ١٥/ ٤٩٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٣.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وهذه المسألة من مفردات مذهب الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٨١؛ والمغني ١٣/ ٦٥٣؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٦٠٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٢٢.

(٥) وبه قال المالكية. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٩٦؛ والحاوي الكبير ١٥/ ٤٩١؛ والمغني ١٣/ ٦٥٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٣٩٦.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هناك يقتضي أن يكون ابتداء الوقت متصلاً بسببه، لأنه لو قال: والله لا كلمت فلاناً شهراً من هذه السنة. فإنه لا يقتضي أن يكون ابتداء الوقت متصلاً، لأن له أن يعين أي شهر من السنة، ومع هذا يقتضي ايصاله، ومع هذا فإنها قربة علقت بشهر مطلق، فاقتضت التتابع، كالاعتكاف. وافق أبو حنيفة عليه[1].

ولامعنىٰ لقولهم: إنه يصح إيقاعه في جميع أجزاء الوقت الذي تضمنه، والصوم لا يقع متصلاً، لأن الليل يتخلله، لأن متابعة الصوم هو المتابعة بين أيامه يدل علىٰ أن شرط التتابع وجب وإن لم يدخل الليل فيه، ولهذا قال تعالىٰ: ﴿ **فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ** ﴾[2] فإذاً تتابع أيامه.

[٢٢٠٦/١٣] **مسألة:** فإن نذر أن (يطوف)[3] بالبيت علىٰ أربع لزمه طوافان[4].

خلافاً لأكثرهم: يلزمه طواف واحد ماشياً علىٰ رجليه[5].

لأن اليدين تؤخذ في السرقة، فإذا علق الإيجاب بها صح، دليله: الرجلان.

ولأن الطواف عبادة تفسد بالحدث، أو عبادة تختص بالبيت، فكان لليدين مدخل في الإيجاب منها، دليله: الطهارة، والصلاة.

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/ ٥٤.

(٢) المجادلة «٤».

(٣) في المخطوط (يطول) وهو خطأ من الناسخ.

(٤) انظر: المغني ١٣/ ٦٥٨.

(٥) لم أقف علىٰ رأي الأكثر.

ولا معنىٰ لقولهم: إن القدمين، والطهارة، والصلاة لما تعلق الإيجاب به كان لها مدخل في ذلك، ولا مدخل لليدين في الطواف، لأنه لا يمتنع ألا يتعين الإيجاب باليدين ويلزم كما لو نذر أن يصلي في دار بعينها مغصوبة أنعقد نذره ولم يتعين فيها.

كتاب آداب القضاء[١]

[٢٢٠٧/١] **مسألة:** القضاء ليس بفرض على الكفايات، ولا يتعين على أحد الدخول فيه، وكذلك الإمامة[٢].

خلافاً لأكثرهم، والثانية: أنه فرض على الكفاية إذا قام به طائفة سقط عن الباقين، ويتعين عليه الدخول فيه إذا لم يوجد غيره[٣].

لأن القضاء وإن كان طاعة ففيه غرر وخطر من أن يتبع نفسه هواها في التصرف في الأموال / التي لليتامى، والميل إلى أحد الخصمين، فكان تركه أولى، [٣٥٣] كما قلنا في الإحرام من دويرة أهله، أو الإحرام بالحج في غير أشهره لما فيه من الغرر والخطر[٤].

[٢٢٠٨/٢] **مسألة:** لا يكره القضاء في المساجد[٥].

---

(١) الأدب: بفتح «الهمزة» و «الدال» من أدب الرجل: إذا صار أديباً في خلق أول علم، فأدب القاضي: أخلاقه التي ينبغي له أن يتخلق بها. انظر: المصباح المنير، مادة «قضى» والدرالنقي ٣/ ٨٠٧.

والقضاء لغة: إحكام الشيء والفراغ منه. انظر: المصباح المنير، مادة «قضى»، والدر النقي ٣/ ٨١٧.

وشرعاً: تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الحكومات. انظر: نيل المآرب ٤/ ٥٤٩-٥٥٠.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٨-٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٠٧.

(٣) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة. انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٢؛ وتبصرة الحكام ١/ ١١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥١؛ والإفصاح ٢/ ٣٤٥؛ والمغني ١٤/ ٩ وشرح الزركشي ٧/ ٢٣٤.

(٤) انظر: المغني ٥/ ٦٥-٦٦.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٦١٠؛ وملتقى الأبحر ١/ ٧٠؛ وتبصرة الحكام ١/ ٣٨.

خلافاً للشافعي في قوله: يكره إلا إنْ دخل المسجد للصلاة فتحدث حادثة فيحكم فيها[(١)].

لأن كل موضع لا يكره الجلوس فيه لتعليم القرآن والعلم والفتوىٰ لا يكره الجلوس فيه للقضاء، قياساً علىٰ سائر المواضع.

ولأن قعوده في المساجد أبعد من التهمة وأنفىٰ للظنة، فيجب أن يكون أولىٰ، ولأنه أرفق بالناس، لأنه يصل إليه القريب والبعيد.

ولا معنىٰ لقولهم: إن في عادة الخصوم أن تعلو أصواتهم في المساجد. لأنه يبطل به إذا قضىٰ بين الخصمين مصادفة واتفاقاً، فإنه لا يكره عندهم، وإن كان بحضرة المخاصمة، والمهاترة، ولأن المناظرة في الفقه يحصل فيها هذا المعنىٰ ويجوز.

ولأن ما يجري بينهم مما لا يجوز يمنع القاضي منه، وما يجوز لا يمنع القاضي منه.

[**٢٢٠٩/٣**] **مسألة:** لا يجوز أن يتقلد القضاء إلا من كان من أهل الاجتهاد[(٢)].

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة [في قولهم][(٣)]: يجوز أن يتقلد القضاء من لا

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥٣؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٣٠ـ٣١.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٤ـ١٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٤٦ـ٢٤٨؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ١٢٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٨٣.

(٣) ساقط من المخطوط.

يعرف الفقه، ويقلد الفقهاء فيما يحكم به[(١)].

لأنه لا يجوز أن يكون مفتياً، فلا يجوز أن يكون قاضياً، كالفاسق.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الفاسق متهم، وهذا لا يتهم. لأنه لا يمتنع أن لا يتهم، ولا يصح منه ذلك، كما لا يتهم المفتي، ولا يصح منه.

[٢٢١٠/٤] **مسألة:** إذا كان القاضي من أهل الإجتهاد لم يجز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه سواء كان الوقت واسعاً، أو كان ضيقاً، وهو أن يترافع إليه مسافرون، والقافلة سائرة، ومتىٰ تشاغل بالاجتهاد فاتهما السفر[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: (يجوز)[(٣)]. [(٤)]

لأنهما اشتركا في آلة الاجتهاد فلا يجوز لأحدهما تقليد الآخر، كالقبلة.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه إذا كان عنده اجتهاد غيره. لأن الرجوع إلىٰ رأي غيره ليس باجتهاد، وإنما هو ترك للاجتهاد.

ولأن هذا يوجب الرجوع إلىٰ اجتهاد من هو مثله أو دونه، ويصير كأنه اجتهاده إذاً إلا أن أُلْحِقَ مع غيره.

[٢٢١١/٥] **مسألة:** لا يجوز أن تكون المرأة قاضية[(٥)].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١١٢؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٦٩.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٦١٠؛ وتبصرة الحكام ١/ ٦٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ٨٨.

(٣) في المخطوط (لا يجوز) والصحيح ما أثبت. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٧٠.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٢؛ وشرح الزركشي ٧/

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز قضاؤها فيما تجوز شهادتها[1].

لأن من لا يجوز أن يكون قاضياً في الحدود لا يجوز في غيره، كالأعمىٰ، ولا يصح قولهم: الأعمىٰ لا تصح شهادته، لأنه تصح شهادته عندنا بما طريقه الصوت، وعلىٰ أن المرأة في الشهادة لم تجعل بمنزلة الرجل، وإنما جعلت بمنزلة نصف شاهد، وليست بعضهم بمنزلة الشاهد الواحد، ولا شهادة أهل الذمة صحيحة علىٰ بعض، ولا يجوز حكم بعضهم علىٰ بعض[2].

[٢٢١٢/٦] **مسألة:** لا يقبل في الترجمة والتعديل والجرح والرسول والتفريق[3] أقل من اثنين[4].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يقبل في جميع ذلك / واحد. وهو اختيار أبي [٣٥٤] بكر[5].

لأن الترجمة تثبت عند الحاكم إقراراً، فافتقر إلىٰ العدد، دليله: إذا أقر في غير مجلس الحكم، ولايلزم عليه إقراره عند الحاكم أنه يثبت بمرة، لأن ذلك ليس يثبت إقراراً بل هو ابتداء إقراره.

٢٤٣؛ والتسهيل في الفقه علىٰ مذهب الإمام أحمد ص ١٩٨؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ١٢٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٨٣.

(١) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٥٢٦؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٧٥.

(٢) يظهر لي أنه لا مناسبة لقول المؤلف «ولا شهادة أهل الذمة . . . ألخ» مع هذه المسألة.

(٣) المراد بالتفريق: التفريق في مسألة التحكيم بين الزوجين فلا يقبل التفريق من حكم واحد.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٤٧, ٨٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٦٦، ٢٨٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٥؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٧٦ـ١٧٧.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٢؛ وملتقي الأبحر ٢/ ٨٥؛ والمغني ١٤/ ٤٧، ٨٤.

ولأن الجرح والتعديل اثبات صفة من يبني الحاكم حكمه على صفته[١]، فوجب أن يراعي فيه العدد، كشهود الحصانة، وذلك أنه لو شهد أربعة بالزنا فإن الحصانة لا تثبت إلا باثنين، لأنها تتضمن صفة يبنى الرجم عليها، ولا يلزم عليه شهادة امرأة واحدة بالولادة، لأن ذلك ليس بإثبات صفة، وإنما هو إثبات نفس الحق، وكذلك المقوم الواحد، والطبيب، والبيطار، والقابض ليس ذلك ثابتاً صفة، وإنما هو إثبات الحق.

[٢٢١٣/٧] **مسألة:** إذا شهد شاهدان عند الحاكم لا يعرف عدالتهما في الباطن لم يحكم بشهادتهما حتى يسأل عن باطنهما في السر ويزكيهما في العلانية طعن الخصم فيهما أو لم يطعن[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يسأل الحاكم عن الشهود حتى يطعن الخصم فيهم، إلا الشهود في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنهم وإن لم يطعن الخصم فيهم[٣].

ولا معنى لقولهم: إن الحدود قد أخذ علينا الاستظهار والاحتياط في بابها، ولأنها إذا وقعت لا يمكن استدراكها. لأن هذا لا يوجب الفرق بينهما، ألا ترى أنه يحكم بشهادتهم في الحدود بمزكى واحد كما يحكم بشهادتهم في الأموال

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤٧.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٨٩-١٢٩٠؛ والمغني ١٤/ ٤٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٦٢-٢٦٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٥؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٧٨-١٨٠.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٥٢٧؛ ملتقى الأبحر ٢/ ٨٥.

وإن كانا يفترقان من هذا الوجه، وكذلك إذا طعن الخصم في الشهود لم تسمع شهادتهم سواء كانت في الحدود أم في الأموال، وكذلك إذا لم يعرف إسلامهما لا تقبل شهادتهما في الحدود والأموال[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إن الطعن يجري مجرىٰ الجرح، لأنه لو كانت العدالة ثابتة عنده بالسؤال فطعن الخصم في عدالتهم لم يبطل عدالتهم بطعنه، فلو كانت العدالة هاهنا ثابتة لم يطعن الخصم.

ولأن العدالة شرط في صحة الشهادة، كالأيمان، ثم ثبت أنه يلزم الحاكم السؤال عن إيمان الشاهد، كذلك السؤال عن عدالته[٢].

ولا معنىٰ لقولهم: الإيمان غير ثابت من طريق الظاهر، والعدالة ثابتة من طريق الظاهر، لأن الظاهر ممن هو في دار الإسلام أنه مسلم، ولهذا إذا وجدنا ميتاً يغسل ويصلىٰ عليه ويدفن في مقابر المسلمين[٣]، وإذا وجد فيها لقيط حكم بإسلامه[٤].

[٢٢١٤/٨] **مسألة:** لا يقبل الجرح المطلق حتىٰ يبين سببه[٥].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: (يقبل)[٦] الجرح المطلق، فإذا أراد الجرح يقول:

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤٣.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المغني ٣/ ٤٧٨.

(٤) انظر: المغني ٨/ ٣٥١.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٤٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٦٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٥؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٩٢.

(٦) في المخطوط (لا يقبل) والصحيح ما أثبت. انظر: المغني ٤/ ٤٩.

الله أعلم به، ولا يبين سبب الجرح، وأن من قال: ليس بعدل، أو هو فاسق لم تقبل شهادته[١].

لأن الناس يختلفون في أسباب الجرح، فمنهم من يجرح بسبب (لا يكون جرحاً)[٢] عند غيره، ولهذا اختلفوا في شرب القليل من النبيذ، فعندنا وعند الشافعي لا يفسق ولكن يحد[٣]، وعند أبي حنيفة لا يفسق ولا يحد[٤]، وعند مالك يفسق ويحد[٥]، ومثل هذا كثير، وإذا كان كذلك وجب ألا يقبل الجرح / مطلقاً، لجواز أن يكون الشاهد فسقه لا يوجب التفسيق عند الحاكم، فترد [٣٥٥] شهادته بما لا يوجب الرد عنده.

[٢٢١٥/٩] **مسألة:** تعديل المرأة غير مقبول[٦].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقبل تعديل المرأة الواحدة[٧].

وهذه مبنية على أصلين، قد تقدم الكلام فيهما، أحدهما: أن الجرح والتعديل

(١) لم أعثر على رأي أبي حنيفة فيما اطلعت عليه من كتبهم، وقد ذكر رأي أبي حنيفة الشاشي القفال في حلية العلماء ٨/ ١٢٩؛ والقاضي ابن أبي يعلى الفراء الحنبلي في كتابه التمام ٢/ ٢٤٧؛ وصاحب المغني ١٤/ ٤٩؛ وابن فرحون في تبصرة الحكام ١/ ٣١٣.

(٢) بياض بالأصل ولعل ما أثبت هو محل البياض.

(٣) انظر: التمام ٢/ ٢٦٢؛ وحلية العلماء ٨/ ٢٥١.

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٣٧١.

(٥) انظر: الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٢١٢.

(٦) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٥٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٦٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٥؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٨٨.

(٧) انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٢٧٣.

شهادة، وقد دللنا عليه، والثاني: أن شهادة النساء لا تقبل إلا فيما كان مالاً، والمقصود منه المال، وهذا شهادة ليس المقصود منها (المال)[1] ويطلع عليها الرجال، فهي كالحدود.

[٢٢١٦/١٠] **مسألة:** إذا قال المزكي: هو عدل رضي يقبل منه[2].

خلافاً للشافعي [في قوله][3]: لا يقبل حتىٰ يقول: هو عدل عليَّ ولي[4][5].

لأنه لا يكون عدلاً علىٰ الإطلاق إلا وهو عدل عليه وله، كما لا يكون كذلك إلا وهو عدل علىٰ غيره ولغيره، ثم اتفقوا أنه لو لم يقل علىٰ غيري ولغيري جاز[6]، كذلك إذا لم يقل علي ولي يجب أن يجوز.

[٢٢١٧/١١] **مسألة:** إذا شهد شاهدان علىٰ قضاء القاضي وهؤلاء يزكوه قبل شهادتهما وبعد القضاء[7].

---

(١) بياض بالمخطوط ومحل البياض ما أثبت.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٤٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٦٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥٥؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٩٤.

(٥) مذهب الحنفية في هذه المسألة: أن المزكي إذا قال: هو عدل. قبل منه. انظر: ملتقىٰ الأبحر ٢/ ٨٥.

(٦) انظر: المغني ١٤/ ٤٧.

(٧) هكذا بالمخطوط ويظهر لي أن في الكلام سقطاً أو تحريفاً، ولم يذكر المؤلف رأي المخالف في هذه المسألة. وقد أورد ابن قدامة هذه المسألة في المقنع ٣/ ٦٣٨. فقال: وأما السجل فهو لانفاذ ما ثبت عنده والحكم به وصفته أن يكتب: هذا ما أشهد عليه القاضي فلان بن فلان ويذكر ما تقدم من حضره من الشهود أشهدهم أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان. اهـ.

لأنه لو لم يجز قبول شهادتهم لم يكن لإشهاده على إنفاذ حكمه معنى.

ولأنه قد يتهم لجواز أن يجوز حكمه لعداوة بينه وبين الشهود.

[٢٢١٨/١٢] **مسألة:** لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي[١].

خلافاً لمالك في قوله: إذا شهدوا عند المكتوب إليه أن هذا كتاب فلان القاضي قبل[٢].

لأن الحكم لهما يقع بما في باطن الكتاب، فإذا لم يشهدوا به لم يقبل كما يقول في الشهادة بسائر الحقوق إذا لم يشهد الشهود بما يقع الحكم به لم يقبل.

[٢٢١٩/١٣] **مسألة:** لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في مصر واحد بينته شهدت عنده ويحتاج إلى إعادة البينة عند هذا بالحق، فإنما يقبل ذلك في البينات الثابتة[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقبل[٤].

لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة[٥]، لأن المكتوب

---

(١) المذهب عند الحنابلة، ومذهب كثير من الحنفية، ومذهب الشافعية: أن كتاب القاضي إلى القاضي لا يقبل إلا بشهادة عدلين يقولان: قرأه علينا، أو قُرِئ علينا بحضرتنا، فقال: أشهدا على أنه كتابي إلى فلان. انظر: المغني ١٤/ ٧٩ـ٨٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٧٨ـ٢٨٣؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٧٤؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢١١.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٢٤٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٦١.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٧٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٨٠.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٨.

(٥) انظر: الروض المربع ص ٧١٤

إليه يحكم بما قام مقام غيره، لأنَّ (كتاب)[١] القاضي للقاضي قائم مقام إعلام الشاهدين، وقد ثبت أن الحاكم لا يقبل شهادة شهود الفرع مع حضور شهود الأصل في المصر[٢]، كذلك يجب أن لا يقبل القاضي كتاباً آخر معه في المصر.

[١٤/٢٢٢٠] **مسألة:** إذا مات القاضي الكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب إلى الآخر يقبله، فإن كان بحكم حكم بامضائه، وإن كان بثبوت حق عنده حكم به[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقبله، ولا يحكم به[٤].

لأن كتاب القاضي الذي يثبت بشاهدين عند القاضي الآخر بمنزلة شهادة شاهدي الأصل، لأنه لا يثبت إلا بشهادتهما، ولو كان مختوماً بختم القاضي لم تصح شهادتهما به وإن كان بمنزلة شهادة شاهدين على شهادة شاهدي الأصل، ثم ثبت أن موت شاهدي الأصل لا يمنع قبول شاهدي الفرع[٥]، كذلك هذا.

[١٥/٢٢٢١] **مسألة:** فإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل وولي غيره أجازه الثاني[٦].

---

(١) في المخطوط (اعادة) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٢) انظر: الروض المربع ص ٧٢٥.

(٣) وبه قال مالك، والشافعي. انظر: المغني ١٤/ ٨٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٦١؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٣١.

(٤) انظر: النتف في الفتاوى ٢/ ٧٨٤.

(٥) انظر: الروض المربع ص ٧٢٥.

(٦) وبه قال المالكية، وهو مذهب البغدادين من الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٨٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٣٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٦١؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٣٢.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجيز الثاني[١].

لأن المعول على الشاهدين، فإذا شهدا عند القاضي الذي قام/ مقام المعزول، [٣٥٦] أو الميت بما ثبت عند القاضي الكاتب كان له أن يحكم به، كما لو كان قد حكم به القاضي الكاتب، ثم شهد الشاهدان عند القاضي الذي قام مقام المكتوب إليه وجب عليه إمضاؤه.

[٢٢٢٢/١٦] **مسألة:** يقبل كتاب القاضي في عبد مخلى موصوف في عتقه، ويؤخذ منه كفيل ويسلم إليه، ويبعث به إلى القاضي الذي كتب حتى يشهدوا عنده على عينه، ثم يكتب له كتاباً آخر على ذلك ليبرئ كفيله[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقبل كتابه في عبد موصوف[٣].

لأنه قد ثبت بما قدمنا أن الحكم يقع بشهادة الشهود لا بالكتاب، والعبد حاصل به، وهما يشهدان على عينه، فيجب أن يصح، كما لو شهدوا بغير كتاب.

---

(١) انظر: النتف في الفتاوى ٢/ ٧٨٤.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٦٣٤_٦٣٥؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢١٩.

(٣) انظر: النتف في الفتاوى ٢/ ٧٨٤.

كتاب القسمة (١)

[٢٢٢٣/١] **مسألة:** القسمة إفراز حق، وليست ببيع(٢).

خلافاً للشافعي في أحد القولين: هي بيع(٣).

وفائدة الخلاف: أن من قال: هي إفراز حق، أجاز قسمة الثمار التي يجري فيها الربا[حرصا](٤)، ومن قال: هي بيع. لم يجز ذلك وقد نص أحمد في جواز القسمة في الثمار في رواية الأثرم(٥).

ومن فوائده إذا كان [المال بعضه وقفا مشاعا، وبعضه طلقا](٦) فأراد صاحب الطلق قسمة حقه من الوقف من قال: هي إفراز حق. أجاز ذلك، ومن قال: هي

---

(١) القسمة: اسم مصدره القَسم من قسمت الشيء فانقسم، وقاسمه المال، وتقاسماه، واقتسماه، والقِسم بكسرها: النصيب المقسوم، وأصله: تمييز بعض الأنصباء من بعض، وإفرازها عنه. انظر: المطلع ص ٤٠١-٤٠٢.

وشرعاً: تمييز الحقوق الشائعة بين المتقاسمين. انظر: أنيس الفقهاء ص ٢٧٢.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ١٠٠-١٠١؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٩٥؛ والتسهيل ص ٢٠٠؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ١٦١؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل ٦/ ١٨٥.

(٣) الراجح عند الشافعية من القولين أنها افراز. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٩٢.

(٤) زيادة من المحقق لم تذكر بالمخطوط.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ١٠١.

(٦) في المخطوط (إذا كان الوقف مشاعاً) والصحيح ما أثبت. انظر: المغني ١٤/ ١٠١.

بيع . منع منه[١] .

لأن القصد منها التمييز بين الملكين، وما كان هذا سبيله فلا يكون بيعاً .

ولأنه لو كان بيعاً لم يتقدر بقدر نصيب شريكه، كسائر البيوع، ولما تقدر بقدر ذلك علمنا أنه ليس ببيع .

[٢/٢٢٢٤] **مسألة:** إذا طلب بعض الشركاء القسمة فيما على شريكه فيها ضرر لم يقسم، ويباع، ويقسم ثمنه بينهم[٢] .

خلافاً لمالك في قوله: يجبر الممتنع سواء انتفعا به أو استضرا[٣] .

وخلافاً للشافعي في قوله: إن كان الطالب ينتفع به أجبر الممتنع عليها، وإن كان عليه فيها ضرر، وإن كان هو المستضر فعلى وجهين[٤] .

لما روى عمرو بن حزم قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تعضية على أهل الميراث»[٥] .

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٠١ .

(٢) وبه قال الحنفية . انظر: المغني ١٤/ ١٠٢-١٠٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٩٣-٢٩٥؛ ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٣٢٢ .

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٢٩٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ١٩٤ .

(٤) أصح القولين عند الشافعية: أنه لا يجبر . انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥٨؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٥٠-٢٥١ .

(٥) رواه الدارقطني في الأقضية والأحكام وغير ذلك، (٦١) . من طريق عبدالله بن شبيب، نا عبد الجبار بن سعيد، نا سليمان بن محمد، عن أبي بكر بن أبي سبرة، عن ابن جريج، عن صديق بن موسى، عن عبدالرحمن بن أبي بكر، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم . سنن الدارقطني ٤/ ٢١٩ . والحديث في إسناده صديق بن موسى بن عبدالله بن الزبير وهو ليس بالحجة . انظر: التعليق المغني على الدارقطني بهامش سنن الدارقطني ٤/ ٢١٩ .

إلا ما قال أبوعبيد: التعضية هي التفريق، مأخوذ من الإعضاء، يقول: عضيت اللحم إذا فرقته.

فقوله: لا تعضية من ميراث، أن يموت الميت ويدع شيئاً إن قسم بين ورثته فإن في ذلك ضرر عليهم أو علىٰ بعضهم فلا يقسم.

ولأنها قسمة فيها ضرر، فوجب أن لا يجبر عليها، كما لو كان بينهم جوهرة، أو حمام، أو رحا، فطلب بعضهم قسمته.

ولأن المقصود إزالة الضرر لسوء المشارك واختلاف الأيدي، فإذا كان فيه ضرر لم يجبر الممتنع منهما، لأن الضرر لا يزال بالضرر(١)، ألا ترىٰ أن الشفيع لو أراد أن يأخذ بعض المبيع من المشتري لم يكن له ذلك(٢).

[**٢٢٢٥/٣**] **مسألة:** أجر القاسم علىٰ قدر الأنصباء(٣).

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما](٤): الأجرة علىٰ قدر الرؤوس(٥).

لأن أجرة القسمة مؤونة الملك، فوجب أن يتقسط حال الإشتراك علىٰ قدر الملك، كأجرة الراعي، ونفقة البهائم، والعبيد، يبين صحة هذا: أن العمل الذي

(١) هذه قاعدة فقهية. انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٨٢.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ١٠٠.

(٣) وهذا هو المذهب عند الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١١٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٨٢-١٨٣.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٧٠؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٠٤؛ والتفريع ٢/ ٢٩٧-٢٩٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ١٩٧.

يحصل علي السهم الكثير أكثر ، لأنه إن كان / التعديل للسهام بالأجزاء والذرع [٣٥٧]
فيحتاج إلىٰ زيادة ذرع لصاحب الكبير أكثر ، فيلحقه من التعب لِيُحَصِّلَ سهمه أكثر مما يلحقه في الآخر ، كذلك ، إذا كان التعديل بالقيمة ، فإن تقويمه للسهم الكثير يلحقه من التعب ليحصل سهمه أكثر مما يلحقه في السهم القليل .

[٢٢٢٦/٤] **مسألة:** إذا طلب أحد الشركاء القسمة وأبىٰ الآخرون ، والشيء مما يحتمل القسمة ، فإن القاضي يأمر بالقسمة وتكون أجرة القسام عليهم جميعاً من أرادها ومن لم يردها[١] .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تكون أجرة القاسم علىٰ الذي يطلبها دون من لم يطلبها[٢] .

لأن القسمة تميز الحقوق وتعديل الأنصبة ، وهذا المعنىٰ حصل لهما ، فوجب أن تكون الأجرة عليهما ، كما لو طلبا جميعاً .

ولأن أبا حنيفة قال : إذا امتنع صاحب السفل فبنىٰ صاحب العلو فإن صاحب السفل يمنع من الإتفاع ، كما أجبر علىٰ القسمة وإن كان لشريكه سبيل إلىٰ الانتفاع .

[٢٢٢٧/٥] **مسألة:** إذا شهد قاسما القاضي علىٰ قسمة قسماها بأمره أن فلاناً استوفىٰ نصيبه جازت شهادتهما إذا كانت القسمة بغير أجرة وإن كانت بأجرة

---

(١) وبه قال بعض الحنفية ، والمالكية ، وهو الصحيح عند الشافعية . انظر : المغني ١٤/ ؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ١٦٢ ؛ والتلقين ٢/ ٤٥٩ ؛ وروضة الطالبين ٥/ ١٦٢ .

(٢) انظر : الفتاوىٰ الهندية ٥/ ٢٣١ ؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ١٦٢ .

لم تجز شهادتهما[١].

خلافاً لمالك[٢]، والشافعي في قولهما: لا تجوز شهادتهما[٣].

لأن القاسم بغير أجرة يتصرف من جهة الحكم، فوجب أن يقبل قوله فيه، دليله: الحاكم يقبل قوله فيما يحكم به في حال ولايته عندهم وعندنا([٤]، فقبل في حال الولاية وبعد الولاية، ولايلزم عليه: إذا قسما بأجرة، لأن تصرفه لا يكون من جهة الحكم، لأنه أجير، وشهادة الأجير لا تجوز فيما يستحق عليه الأجر[٥]، لأن لهما فيه منفعة، وهو استحقاق الأجر متى صحت القسمة.

[**٢٢٢٨/٦] مسألة:** إذا كانت الدار بين رجلين [وطلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة[٦] من غير قسمة][٧] لم يجبر واحد منهما على المهايأة، ويؤجرها الحاكم عليهما[٨].

(١) وبه قال الحنفية انظر: المغني ١٤/ ١٠١؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٦٥١؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣٥٦.

(٢) مذهب الإمام مالك في هذه المسألة: الجواز إذا كان القاضي أمرهم بذلك. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٤.

(٣) انظر: الأم ٦/ ٢٣٠.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٨٥.

(٥) انظر: منار السبيل ٢/ ٤٩٢.

(٦) المهايأة: أن يترك أحد الشريكين حقه من السكنى في هذا اليوم أو هذه السنة ليأخذ مثله في اليوم الثاني أو السنة الثانية انظر: المغني ١٤/ ١١٩.

(٧) بياض بالمخطوط والتكملة من المغني ١٤/ ١١٩.

(٨) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١١٩؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٦٤٣؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٩٤-١٩٥.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يتهايآن فيها[١].

لأنهما معاوضة في الحقيقة، لأن [أحد][٢] الشريكين يترك حقه من السكنىٰ في هذا اليوم ليأخذ مثله في اليوم الثاني، والمعاوضات لا تجب، ولايلزم عليه قسمة الأعيان، لأنها ليست معاوضة، إنما هي إفراز الحقوق، وتعديل الأنصبة، والمنافع لا يمكن هذا فيها، لأن أحدهما يستوفىٰ المنفعة علىٰ ملكهما.

ولأن كل واحد من الشريكين يستحق نصيبه من الكسب عاجلاً، وفي إجباره علىٰ المهايأة إجبار علىٰ تأخير الحق الواجب، ومن له حق حال لا يجبر علىٰ تأخيره، كالديون

[٢٢٢٩/٧] **مسألة:** إذا كانت دور بين قوم، فأراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة، وأراد الآخرون، فإن الحاكم يقسم بينهم كل دار علىٰ حده[٣].

خلافاً لمالك في قوله: إن كان ذلك في محال مختلفة قسم بينهم كل واحدة علىٰ الإفراد، وإن كانت في محلة واحدة قسمت أعياناً[٤].

لأنها قسمة تتضمن نقل الحق من عين إلىٰ عين، فلم يجبر عليها، كما لو كانت

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٨٠؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٠٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣)وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٠٧؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٢٠٦؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٥٩.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٢٩٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ١٩٠-١٩١.

في محال مختلفة، ولا يلزم/ عليه القرية الكبيرة، لأن الكل عين واحدة. [٣٥٨]

ولأن الدور المختلفة بمنزلة الأجناس المختلفة، ألا ترىٰ أنه لو تزوج امرأة علىٰ دار بغير عينها لم يكن ذلك تسمية صحيحة، ووجب لها مهر المثل(١)، كما لو تزوجها علىٰ ثوب، واتفقوا أنه لو كان بينهما ثياب أجناس مختلفة لم يقسم بعضها في بعض إلا أن يصطلحوا علىٰ ذلك(٢)، كذلك الدور.

[٨/٢٢٣٠] **مسألة:** في العلو الذي لا سفل له، والسفل الذي لا علو له يقسم ذلك علىٰ قيمة العلو وقيمة السفل(٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو(٤).

لأن العلو والسفل يختلفان في البلدان فيكون السفل في بعضها أكثر قيمة من العلو، ويكون العلو في بعضها أكثر قيمة من السفل، وإذا كان كذلك وجب الرجوع إلىٰ القيمة دون الذرع، كالبناء لما اختلفت قيمته لم يقسم إلا علىٰ القيمة بلا خلاف بينهم.

[٩/٢٢٣١] **مسألة:** في رجلين بينهما دار قسما علىٰ أن يأخذ أحدهما من

---

(١) انظر: المغني ١٠/ ١١٣.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ١٠٠.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٠٥-١٠٦؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٣/ ٦٤٣؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٥٩.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٧٦؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٠٧.

هذه الدار أذرعاً مسماه وبينا مبلغ ذرعان الدار فالقسمة جائزة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: القسمة باطلة[٢].

لأن القسمة فيها معنى البيع، ومن أصلنا: أنه لو باع أذرعاً مسماه من هذه الدار، وهما يعلمان مبلغ ذرعان الدار كان بيعاً صحيحاً، كذلك القسمة.

[٢٢٣٢/١٠] **مسألة:** إذا كان رقيق بين رجلين، فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر قسم بينهما كما يقسم سائر الحيوان[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقسم بينهما[٤].

لأن اختلاف قيمة هذا الجنس الواحد واختلاف منفعته ليس بأكثر من اختلاف ذلك في الدار الكبيرة والقرية [العظيمة][٥]، فإن صدر الدار والعرصى[٦] أكثر من قيمة غيرهما من بيوتها، ومن منفعتها، وكذلك صدر القرية خير من آخرها، ثم ثبت أن هذا الاختلاف لا يمنع من الإجبار على القسمة[٧]، كذلك هاهنا.

(١) لم أقف على مذهب الحنابلة في هذه المسألة.

(٢) لم أقف على مذهب الحنفية في هذه المسألة.

(٣) وبه قال المالكية، و الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٠٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٩٣-٢٩٤؛ والمعونة ٢/ ١٢٨٦ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٦٦-٢٦٧.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ٣٧٣؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٠٦.

(٥) ساقط من المخطوط. انظر: المغني ١٤/ ١٠٠.

(٦) هكذا بالمخطوط والعرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء. انظر: مختار الصحاح، والقاموس المحيط. مادة «عرص».

(٧) انظر: المغني ١٤/ ١٠٠.

ولأنها أعيان يجوز بيعها، فجاز قسمتها، دليله: سائر الأملاك.

[٢٢٣٣/١١] **مسألة:** إذا كانت الدار بين رجلين نصفين، فاقتسماها، فأخذ أحدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمائة، وأخذ الآخر الثلثين من آخرها وقيمته ستمائة، ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم، فالقسمة مفسوخة وما في أيديهما هو بينهما نصفان[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو بالخيار إن شاء فسخ القسمة وكان ما في يده ويد صاحبه بينهما نصفان، وإن شاء رجع بربع ما في يديه وقيمته مائة وخمسون[٢].

لأننا لما قدر الاستحقاق بينا أن هناك شريكاً ثالثاً، وكون شريك ثالث يمنع القسمة بين الآخرين، لأن أحد الشريكين لا يملك أن يفرد حقه من المشترك / بغير [٣٥٩] إذن شريكه، ويفارق البيع، لأن كون شريك في الدار لا يمنع الآخرين بيع نصيبهما، لأن لكل واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه بغير إذن شريكيه، فلهذا صح في نصيبه دون نصيب شريكه.

[٢٢٣٤/١٢] **مسألة:** إذا كان في الورثة صغار جازت قسمة الوصي على الكبير الغائب في العقار[٣].

(١) وبه قال كثير من الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١١٦-١١٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٥١؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٨٨-١٨٩.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٥/ ٢٢٤.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٤/ ١٢١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ١٩٣-١٩٤.

خلافاً لأبي يوسف، ومحمد[١].

وذلك مبني على البيع إذا كان في الورثة صغير جاز للوصي بيع نصيبه ونصيب الكبار، وعندهما لا يبيع نصيب الكبار.

[٢٢٣٥/١٣] **مسألة:** إذا كانت الدار بين ورثة كبار فأقروا عند القاضي أنه ميراث لهم عن أبيهم وسألوه أن يقسمها بينهم قسمها بينهم وقضى عليهم بإقرارهم على أنفسهم ويشهد الشهود أني إنما قسمتها بينهم بإقرارهم. بلا نص[٢] [٣] [٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجيبهم إلى ذلك حتى يقيموا البينة، ووافق على أنهم إذا ادعوا ملكاً مطلقاً قسم بينهم بغير بينة، وكذلك إن أقرُّوا أنها شراء عن فلان فإنها تقسم بغير بينة، وكذلك لو كان المقسوم عروضاً، وأقروا أنه ميراث، فإنه يقسمه بينهم بغير بينة[٥] [٦].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٢٨٠.

(٢) أي لم ينص الإمام أحمد عليها.

(٣) وبه قال الحنفية، وهو أظهر القولين عند الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٠٢؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ١٦٣؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٩٦.

(٤) المعمول به في محاكم المملكة أنه في حالة طلب القسمة لابد من صك تملك العقار حتى يقسم بينهم وإذا كان العقار موروثاً فلابد مع صك التملك من وجود صك حصر الإرث.

(٥) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٣٢١؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٢٠٥.

(٦) مذهب مالك في هذه المسألة: أنه لا يقسمها بينهم حتى يثبتوا أصل الملك. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٤٠.

لأن اليد تدل على الملك بالبينة، وإنما يختلفان في أن اليد تفتقر إلى يمين يسقط بها دعوى المدعي، ومن أقام البينة لا يحتاج إلى يمين، ثم ثبت أنهما لو أقاما البينة على الميراث قسمها بينهما، كذلك إذا أقر بذلك مع اليد، وكما لو ادعوا الملك فيه مطلقاً قسم بغير بينة، كذلك إذا أقروا بميراث العروض.

ولا معنى لقولهم: العروض ( )[١]، أو في قسمتها حظ للميت، لأن كل واحد منهم يصير ما حصل له بالقسمة في ضمانه حتى إذا هلك ضمنه، وقبل القسمة هو باق على حكم ملك الميت ليس في ضمانه، وليس كذلك الدار لأنها لا تضمن بالقسمة، لأنا لا نسلم هذا، بل تضمن بالقسمة، كما تضمن العروض.

[**٢٢٣٦/١٤] مسألة:** إذا ادعى على رجل حقاً عند الحاكم، واستعدى عليه، وسأله إحضاره وكان ممن لا يعلم أن بينهما معاملة، فإنه يعديه ويحلفه[٢].

خلافاً لمالك، والثانية: لا يعديه ولا يستحلفه[٣].

لأنه لم يثبت كذبه فيما يدعيه، فوجب أن يعدي عليه ويحلف، دليله: إذا كان بينهما معاملة، ولا يلزم عليه دعوى القصاص، والنكاح، والمواضع التي لا يختلف فيها، لأنه يستوي فيه الأصل، وهو إذا كان بينهما خلطة، والفرع، وهو

---

(١) ثلاث كلمات لم تتضح لي في المخطوط.

(٢) وبه قال الشافعية، وهذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ٨٣-٨٤؛ والمغني ١٤/ ٣٩-٤٠؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٣٠١.

(٣) انظر: الشرح الصغير ٦/ ٥٢٩-٦٣٠؛ وحاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير ٦/ ٥٢٩؛ والمغني ١٤/ ٣٩.

إذا لم يكن، ولأنه لو لم يحضره ويحلفه إلا بعد أن يعلم بينهما معاملة أفضى إلى إسقاط أكثر الحقوق، فإن أكثرها يجب بغير بينة، كالغصوب، والجنايات، والسرقة، والودائع.

[٢٢٣٧/١٥] **مسألة:** إذا ادعى حقاً على غائب / ولم يكن في بلد الغائب من [٣٦٠] ينظر بينهما، وتحقق الحاكم صحة دعواه، فإنه يستحضره سواء قربت المسافة أو بعدت(١).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنما يستحضره إذا كان بينهما من المسافة ما يمكنه أن يجيء إلى الحاكم ويعود يومه(٢).

لأن الحق قد ثبت عند الحاكم، فلزمه إمضاؤه، دليله: إذا كانت المسافة قريبة.

[٢٢٣٨/١٦] **مسألة:** إذا ادعى حقاً على غائب، أو صبي، أو مجنون، وأقام بذلك البينة حكم ببينته ولم يستحلف معها(٣).

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما](٤): يستحلف(٥).

---

(١) مذهب الشافعي أنه يحضر إذا كان على مسافة تقصر فيها الصلاة وكان تحت ولايته القضائية. انظر: المغني ١٤/ ٤١-٤٢؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٣٠٤.

(٢) انظر: نظرية الدعوى للدكتور محمد نعيم عبدالسلام ياسين ٢/ ٨١.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٩٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٨٧-٢٨٨.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الشرح الصغير ٦/ ٥٤٤؛ وحاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير ٦/ ٥٥٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥٥-٢٥٦؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٦-٢٩٧.

لأنه أقام البينة على ما يدعيه معها، دليله: لو أقامها على حاضر بالغ عاقل.

ولأن يمينه لا تمنع من طعن الخصم في الثاني فلا فائدة في وجودها.

[**٢٢٣٩/١٧**] **مسألة:** إذا قال المدعي: لي بينة أقيمها، أخرت الخصومة إلى أن يقيمها، وليس له ملازمة المدعى عليه[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: له مطالبته بالكفيل ثلاثة أيام[(٢)]. [(٣)]

لأن كل حالة أمكن فصل الخصومة فيها باستحلاف الخصم لم يكن له مطالبته بالكفيل فيها، قياساً عليه إذا لم يكن له بينة، ولا يلزم عليه إذا حضر مع خصمه مجلس الحكم، وكان الحاكم مشغولاً بالسابق أن له ملازمته حتى يفرغ الحاكم إليهما، لأنه لا يقدر على فصل (الخصومة)[(٤)] بينهما، فلهذا كان له ملازمته، وها هنا هو قادر، فلهذا لم يكن له ملازمته، وليس له حبسه، ولا ملازمته، فلا يجوز له مطالبته بالكفيل، أصله إذا قال: لي شاهد واحد أحضره، وأحلف معه.

[**٢٢٤٠/١٨**] **مسألة:** يجوز القضاء على الغائب إذا أقام المدعي البينة بالحق،

---

(١) المذهب عند الحنابلة أن للمدعى ملازمته. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٦٢٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٧٧؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١١٠.

(٣) ذهب الشافعية في هذه المسألة إلى أنه كانت البينة غائبة لم يكن له ملازمة الخصم، وإن كانت البينة حاضرة في البلد، فأراد ملازمته على حضورها كان له أن يلازمه ما كان مجلس الحكم في يومه باقيا، فإذا انقضى المجلس لم يكن له ملازمته ما لم تشهد أحواله بوجود البينة، فإن شهدت أحواله بوجود البينة جاز أن يلازمه إلى غاية أكثرها ثلاثة أيام لا يتجاوزها. انظر: الحاوي الكبير ١٦/ ٣١٣.

(٤) في المخطوط (الحكومة) والصحيح ما أثبت.

وهكذا إن كان حاضراً في البلد ممتنعاً من حضور مجلس الحاكم[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا يجوز[٢].

لأن كل حالة جاز للحاكم أن يسمع فيها البينة على المدعى عليه جاز أن يحكم بها عليه، دليله: حال حضور مجلس الحاكم، واتفقوا على أن له أن يسمع البينة على الغائب ويكتب رسماً إلى حاكم البلد الذي فيه المدعى عليه ليقضي عليه عندهم[٣]، وعندنا يسمعها ليحكم بها عليه[٤]، ولا يلزم عليه من لا يعرف عدالتهما في الباطن، لقولنا: «يسمع فيها البينة على المدعى عليه» ولا تكون بينة [حتى][٥] تعرف عدالتهما.

ولا معنى لقولهم: هذه البينة ليست مسموعة على الغائب، وإنما يسمعها لينقلها إلى القاضي المكتوب إليه، كما يسمع شهود الفرع شهادة شهود الأصل لينقلوا إلى القاضي، وشهادتهم عند شهود الفرع ليست مسموعة على أحد، وذلك أنه لو كان سماع النقل لافتقر إلى العدد كما يفتقر سماع الشهادة على الشهادة، فلما أجزأ سماع الحاكم وحده تحمله، كما لا يلزمه تحمل الشهادة على الشهادة، ولما وجب عليه علم أنه حكم لا يلزم / إلا لحاكم ما دام مقيماً على [٣٦١]

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٣؛ ، والمغني ١٤/ ٩٣-٩٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٨٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٤٠؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٩٦-١٩٧.

(٢) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٢٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٧٤؛ والمغني ١٤/ ٩٤.

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣٨٦.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٩٤.

(٥) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

الولاية.

ولأنه لو كان سماع النقل لم يقف على تقدم الدعوى، كما لا يقف سماع شهود الفرع على شهادة شهود الأصل على دعوى، ولما وقف سماعه على تقدم الدعوى دل على أنه سماع بينة.

ولأنه لو كان جارياً مجرى شهود الفرع لا عتبر فيه لفظ الشهادة، ولما لم يعتبر فيه لفظ الشهادة دل على أنه ليس بشهادة.

ولا معنى لقولهم في الحاضر: إنها بينة مسموعة على خصم وهذه ليست مسموعة على خصم. لأن هذا المعنى لم يمنع من سماع البينة، كذلك لا يمنع من القضاء بها، وعلى أن عدم الخصم لا يجب أن يمنع من القضاء، لأنه حضر فصدقه تارة تأكيداً، وإن كذبه فالبينة حجة عليه، وعلى أنه إذا ادعى على ميت ديناً، وحضر بعض الورثة فإنه يقضي له بالبينة عليه وعلى بقية الورثة وإن كانوا غير حضور، وكذلك زوجة الغائب إذا ادعت النفقة وله وديعة في يد رجل قضى لها عليه[1]، وكل بينة جاز القضاء بها على الحاضر جاز القضاء بها على الغائب، دليله: إذا ادعى على ميت ديناً فحضر بعض الورثة وغاب الباقون وقامت البينة للمدعي أنه يقضي على الحاضر، وعلى الميت، وسائر الورثة، وكذلك إذا ادعت امرأة أنها زوجة لفلان الغائب، وأن له عند هذا الحاضر وديعة، وسألت القاضي أن يفرض لها النفقة، فأقر الحاضر بالزوجية والوديعة إن القاضي يلزم بالإنفاق عليها. وأحد الورثة وإن كان خصماً وهو حاضر فالقضاء عليه، وعلى الغائب

(١) انظر: المغني ١٤/ ٩٦.

وهو الميت وبقية الورثة، لأن البينة تشهد عليه وعليهم، وكذلك من في يده الوديعة أن الحاكم يأمره بالإنفاق عليها مما في يده قضاء على الغائب، لأن المال قد صار للغائب بإقرار الحاضر له، ولا يجوز أن يقال: إن المقضي له إذا كان غائباً لم يحكم له، كذلك المقضي عليه، لأن القضاء للمدعي مبني على حصول الدعوى، فإذا لم يدع الغائب فالمدعى عليه من شرطه سماع البينة عليه.

ولأنه لما لم يجز أن يقضي للغائب لم يجز أن تسمع البينة ويكتب إلى قاض آخر ليقضي له، وها هنا يسمع البينة على الغائب حتى يكتب إلى قاض آخر ليقضي عليه.

[**٢٢٤١/١٩**] **مسألة:** لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها، لا في حقوق الله ولا في حقوق الآدميين[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحكم بعلمه في حال قضائه إلا في الحدود التي هي حق لله، تعالى فلا يحكم فيها بعلمه، وحد القذف يحكم به، وما علم به قبل القضاء لا يحكم به[٢].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: يحكم بما علمه قبل ولايته وبعد ولايته في عمله (وفي)[٣] غير عمله إلا الحدود فإنها على قولين[٤].

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٨٩؛ والمغني ١٤/ ٣٠-٣٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٥٣؛ والتفريع ٢/ ٢٤٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٦٢.

(٢) انظر: ملتقى الأبحر ٢/ ٧٥.

(٣) في المخطوط (ولا في) ويظهر لي أن «لا» زائدة من الناسخ، انظر: الحاوي الكبير ١٦/ ٣٢٢.

لأنه حكم بعلمه فلم ينفذ، دليله: ما علمه قبل ولايته، أو بعدها في غير عمله، أو الحدود[1]، ولايلزم عليه الجرح والتعديل أنه يمنع من الحكم بشهادة من عرفه فاسقاً، ويقبل شهادة من عرفه عدلا[2]، لأن هذا ليس بحكم، ألا ترىٰ أنه يعدل هو ويجرح غيره، ويجرح هو ويعدل، وقد دل علىٰ الحدود إجماع الصحابة: أن أبابكر قال: لو رأيت رجلاً / علىٰ حد من حدود الله ما أخذته ولا [٣٦٢] دعوت له أحداً حتىٰ يكون معي غيري»[3].

وعن عمر أنه كتب إلىٰ أبي موسىٰ ألا يأخذ الإمام بعلمه»[4].

ولا معنىٰ لقولهم: الحدود مأمور فيها بالستر. لأن الشهود مأمورون بالستر، ومع هذا إذا شهدوا وجب الحكم بشهادتهم، كذلك الحاكم وإن كان مأموراً بالستر.

ولامعنىٰ لقولهم: إن الحدود لا تقبل فيها شهادة النساء. لأن حد القذف والقصاص لا يحكم فيه بشهادة النساء ومع هذا فيقضي فيه بعلمه عند أبي

---

(٤) ذهب الأكثرون من أصحاب الشافعي إلىٰ أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم في حقوق الله تعالىٰ بعلمه قولاً واحداً، وإنما القولان في حقوق الآدميين. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٥٥، والحاوي الكبير ١٦/ ٣٢٢.

(١) انظر: المغني ١٤/ ٣١.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) رواه البيهقي في آداب القاضي: باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه. من طريق سفيان، عن ابن أبي ذئب عن الزهري قال: قال أبوبكر الصديق، فذكره. السنن الكبرىٰ البيهقي ١٠/ ١٤٤. وهذا السند فيه انقطاع بين الزهري وأبي بكر الصديق رضي الله عنه.

(٤) لم أقف عليه.

حنيفة[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إنما لم يحكم بعلمه لأنه يصير خصماً فيها، لأنه ليس هناك غيره. لأنه يبطل بالمقر علىٰ نفسه بالزنا، وشرب الخمر، وإن الحاكم يحكم عليه بالحدود وإن كان خصماً، إذ لا خصم غيره، ولأن الأربعة إذا شهدوا بالزنا وجب علىٰ الإمام أن يسمع شهادتهم ويحكم بها وإن كانوا خصوماً.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لا يحكم بعلمه فيما علمه قبل ولايته ويحكم بما سمعه بعد ولايته. لأنه لا يجوز اعتبار العلم بالشهادة، ألا ترىٰ أن سماع الشهادة يصح من الحاكم مثل الدعوىٰ، ولا يجوز له الحكم بها حتىٰ يدعي الخصم وتعاد البينة، ولو علم بالشيء قبل الدعوىٰ صح أن يحكم به عندهم بعد الدعوىٰ، وهو أن سمعه يقر بحق لرجل، ثم يدعي عليه بعد ذلك الحق، وكذلك علمه بجرح الشهود يمنعه من الحكم بشهادتهم، ولا فرق بين أن يعلمه قبل ولايته أو بعد ولايته، وكذلك علمه بحكم السماع فيما تخاصما فيه قبل ولايته لا يمنعه من الحكم به بعد ولايته[٢]، وإن كان سماع الشهادة قبل الولاية منع من الحكم بها بعد الولاية.

ولأنه قد تلحقه التهمة وتسبق إليه الظنة في أنه حكم بما لا يعلمه فمنع من ذلك كما منع من الحكم لابنه وأبيه لهذه العلة[٣]، يبين صحة هذا: أن انفراده بالعلم

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣٦٩.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٣١.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٩١.

يعقب التهمة، بدليل: أن الشاهد الواحد لا تقبل شهادته لأجل التهمة، فإذا انضم إليه غيره انتفت التهمة، ولهذا قال تعالىٰ: ﴿ **أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ** ﴾[1].

[**٢٢٤٢/٢٠**] **مسألة:** إذا قال القاضي في حال ولايته: قد قضيت علىٰ هذا الرجل بحد، أو بحق من حقوق الأموال. قبل منه واستوفىٰ الحق[2].

خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي[3].

لأنه لو كان قول القاضي وحده غير مقبول احتيج إلىٰ شاهدين، فلما اتفقوا علىٰ أنه بقاض واحد دل علىٰ أن قوله وحده مقبول.

ولأنه لو قال في مسألة يسوغ فيها الاجتهاد: هذا رأي وإليه يؤدي اجتهادي. قبل منه، وجاز أن يحكم به وإن كان حكمه بخلاف مذهبه، كذلك إذا قال: حكمت بكذا يجب أن يقبل قوله.

ولا معنىٰ لقولهم: / إنما قبل قوله في ذلك، لأنه لا يتوصل إلىٰ معرفة اعتقاده [٣٦٣] إلا من جهته. لأنه يجب أن لا يقبل قوله: ثبت عندي عدالتهما، ولا في الشهود[4]، لأنه قد يتوصل إلىٰ ثبوت عدالتهم من غيره فاتفقوا علىٰ قبول ذلك.

---

(١) البقرة «٢٨٢».

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٨٦-٨٧.

(٣) انظر: الشرح الصغير ٥/ ٥٠٩؛ وحاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير ٥/ ٥٠٩؛ والمهذب ٢/ ٣٠٥.

(٤) هكذا بالمخطوط ويظهر لي سقط أو تحريف بالكلام.

[٢٢٤٣/٢١] **مسألة:** فإن قال القاضي بعد عزله: قد قضيت على هذا الرجل في حال ولايتي بحد، أو بحق من حقوق الأموال. قبل منه[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يقبل[٢].

لأنه أخبرنا بما حكم به فقبل منه، دليله: لو أخبر به في حال ولايته، ولايلزم عليه إذا أخبر أنه حكم لأبيه أو ابنه، أو كان حين الخبر غير عدل، لأنه يستوي فيه الأصل والفرع، فإنه في حال ولايته لو أخبر أنه [حكم][٣] لأبيه أو لابنه لم يقبل، وكذلك لو كان في تلك الحال فاسقاً.

ولامعنى لقولهم: إنه يملك الحكم فلهذا ملك به، وها هنا لا يملك الحكم فلا يملك الإقرار به، لأنه يلزم عليه الوصي إذا ادعى الإنفاق على الصبي بعد البلوغ قبل منه[٤]، وإن كان ذلك في حالة لا يملك التصرف عليه، وكذلك العبد المأذون له إذا حجر عليه فأقر بثمن مبيع في حال الكتابة يقبل ذلك، وإن لم يملكوا ذلك، وكذلك العبد إذا أقر بجناية عمد فإنه يقبل إقراره وإن لم يكن مالكاً لما أقربه، ومعلوم أنه إقرار على غيره[٥].

---

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٣؛ والمغني ١٤/ ٨٥-٨٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٨٤-٢٨٦.

(٢) منهم الحنفية، والشافعية، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣٥٦؛ وحلية العلماء ٨/ ١٦٢-١٦٣؛ والمغني ١٤/ ٨٥.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٣٤٦.

(٥) انظر: المرجع السابق ١٢/ ٣٥.

ولا معنىٰ لقولهم: إن دعوىٰ النفقة علىٰ الصبي لا يمكن إقامة البينة عليه، لأنه يتكرر، [و][1] لأن الزوج إذا ادعىٰ الإنفاق علىٰ الزوجة لم يقبل قوله إلا ببينة، ومع هذا لا يمكن إقامة البينة عليه، لأنه يتكرر.

[**٢٢٤٤/٢٢**] **مسألة**: يكره للقاضي أن يتولىٰ البيع والشراء بنفسه، ولكن يوكل وكيلاً لا يُعرف[2].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: [لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يُعرف][3]. [4]

لما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «ما عدل والٍ اتجر في رعيته أبداً»[5].

ولأنه إذا تولىٰ البيع والشراء حاباه البائع، فتلحقه التهمة، فيجب أن يكره له، كما يكره في مجلس القضاء.

ولأنه إذا تولىٰ ذلك حوبي وسومح، والمحاباة بمنزلة الهدية، والهدية لا تحل له، كذلك ما يؤول إلىٰ ذلك.

[**٢٢٤٥/٢٣**] **مسألة**: إذا تحاكم نفسان إلىٰ رجل من الرعية ورضيا به حَكَماً عليهما

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٦٠-٦١؛ وتبصرة الحكام ١/ ٣٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٢٦.

(٣) بياض بالمخطوط ومحله ما أثبت. انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٢٥.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٢٥.

(٥) حكم الألباني علىٰ هذا الحديث بالضعف، وقال: أخرجه أبونعيم في القضاء (ق١٥٣-١٥٤). انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٥٠.

وسألاه أن يحكم بينهم، وكان ممن يصلح أن يلي القضاء، وهو أن يكون من أهل العدالة والاجتهاد، فحكم بينهما لزمهما حكمه ولا يعتبر رضاهما بذلك[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلزمهما حكمه، وإن رفع إلىٰ حاكم البلد فوافق لزمه إمضاؤه، وإن خالفه أبطله، وإن كان فيه خلاف بين أهل العلم وبينه علىٰ أصله في العدد في حق الغير بغير أذنه يكون موقوفاً علىٰ إجازته وفسخه[٢].

وخلافاً للشافعي في أحد قوليه: لا يلزمهما حكمه إلا بتراضيهما[٣].

فالدلالة علىٰ أنه قد لزم / في حقهما: أن كل من جاز له الحكم بين نفسين [٣٦٤] لزمهم حكمه بنفس الحكم، كمن ولاه الإمام، وهذا أولىٰ، لأنهما تراضيا به، وربما لا يتراضيان بحاكم الإمام.

والدلالة علىٰ أنه ليس لقاضي البلد نقضه: [أنه][٤] إذا خالف مذهبه أو حكم به من قاضي آخر في البلد فإنه لا يجوز نقضه، كذلك هاهنا، وقد وافقنا أبو حنيفة أن الحكم لازم[٥]، ويفارق هذا: إذا خالف الكتاب والسنة، لأنه لما لم يلزم كان له نقضه.

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٩٢-٩٣؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٠٩؛ والتفريع لابن الجلاب المالكي ٢/ ٢٤٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٢٠؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٧٩.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٦/ ٣٢٥.

(٤) زيادة يقتضيها سياق الكلام لم تذكر بالمخطوط.

(٥) انظر: إعلاء السنن ١٥/ ١٤٠، ١٤٢.

[٢٢٤٦/٢٤] **مسألة:** (إن)[١] حكم الحاكم لا يحيل الشيء عن صفته، فإذا حكم بشهادة شاهدي زور بحق لم ينفذ حكمه في الباطن ولم يحل للمحكوم له ذلك[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن حكم ببينة بعقد، أو فسخ عقد فإن حكمه ينفذ ظاهراً وباطناً ويتغير عن حاله[٣].

فعلىٰ قوله: إذا ادعىٰ زوجية امرأة أجنبية، فأنكرت فشهد عليها شاهدا زور بالزوجية، وحكم الحاكم بذلك حلت له ظاهراً وباطناً[٤]، وكذلك إذا ادعت إقراراً علىٰ زوجها أنه طلقها فأقامت علىٰ ذلك شاهدي زور وحكم به الحاكم وقع الطلاق ظاهراً وباطناً، وكان لكل واحد تزويجها[٥]، ووافق في الحكم بالمال أنه لا يحل للمحكوم له، لأنه حكم بشهادة زور، أو حكم بشهادة باطلة، فوجب أن لا ينفذ في الباطن قياساً علىٰ الحكم بملك المطلق[٦]، كما لو شهدا أن فلاناً قتل فلاناً، فحكم الحاكم بشهادتهما أنه لا يحل للمحكوم له قتل المشهود عليه، وكما لو ادعىٰ نكاح امرأة فحكم الحاكم بها، ثم تبين أنها أخته من الرضاعة، أو نسب أنها لا تحل

(١) في المخطوط (إذا).

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٣٧-٣٨؛ والإنصاف ١١/٣١٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٤٦١؛ ومغني المحتاج ٤/ ٣٩٧.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٥٢٨؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٧٦.

(٤) انظر: مسفعة الحكام ٢/ ٧٦٨.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) أي المطلق عن تعيين سبب الملك. انظر: مسفعة الحكام ٢/ ٧٧٩.

له، يبين صحة هذا: أن تحريم البضع آكد من تحريم المال، بدلالة: أن استباحة البضع تفتقر إلىٰ ولي وشهود، واستباحة الملك لا تفتقر إلىٰ ذلك.

ولا معنىٰ لقولهم: إن القاضي لا ولاية له في نقل الملك من مالك إلىٰ مالك إذا لم يتعلق بعقد، وإذا تعلق بعقد، أو فسخ، أو كانت الدعوىٰ في نكاح، أو طلاق فللحاكم ولاية في ذلك، لأن له أن يبيع علىٰ الصغير والمجنون، ويبيع العروض علىٰ الكبير الغائب، ويزوج المرأة التي ليس لها ولي، ويفرق بين المرأة وزوجها العنين والمجبوب، لأن قوله في علة الأصل: «إنه لا ولاية له في نقل المال» يبطل به إذا حكم بعقد الهبة، أو حكم بالعتق ببينة زور، فإنه يؤثر حكمه وإن لم يكن له ولاية في ذلك، لأنه يبطل به إذا تعهدوا[١] القصاص، أو رده، أو تزويج بذي رحم، فإنه لا يؤثر حكمه، وإن كان لا ولاية في ذلك علىٰ أن العلة التي لأجلها ملك الولاية فيما ذكروه معدومة ها هنا، لأنه يملك البيع علىٰ الصغير لمصلحته، وعلىٰ المفلس لقضاء الدين، والتزويج / بمن لا ولي لها لعدم الولي، والفرقة [٣٦٥] لمطالبة الزوجة بذلك، وهذا معدوم ها هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الحاكم يأمر في دعوىٰ المال بالتسليم، ولا يحكم بالملك، والتسليم لا يوجب الملك، لأنه لا يجوز أن يأمر بالتسليم إلا بعد أن يثبت عنده سبب الملك، وإلا (فلا)[٢] يجوز أن يأمر بذلك، فكل شاهدين لو علم بحالهما الحاكم لم يَجُزْ له الحكم بشهادتهما، فإذا حكم بها مع الجهل بحالهما لم

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) في المخطوط (والا بلا) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

ينفذ حكمه في الباطن، دليله: لو حكم بشهادة كافرين أو عبدين.

ولا معنى لقولهم: إن حكمه ينفذ في الموضعين ظاهراً وباطناً، فإذا وجدهما عبدين أو كافرين فسخ الحكم الأول، لأن المعنى الموجب للفسخ [ ][1] للحكم فيجب أن يمنع صحته.

[٢٥/٢٢٤٧] **مسألة:** إذا قضى القاضي باجتهاده، ثم بان له أنه أخطأ، أو بان له أن حاكماً كان قبله قد أخطأ فيما حكم به مما يسوغ فيه الاجتهاد، وفيه خلاف بين الفقهاء لم ينقض ما تقدم من حكمه وحكم غيره إذا رفع إليه[2].

خلافاً لداود في قوله: ينقض حكم نفسه إذا بان له خطؤه، وكذلك حكم غيره[3]. وإن كان فيه خلاف بين الفقهاء هكذا حكى لي الشيخ أبوالقاسم الجزري.

لأنه إجماع الصحابة، روي أن أبابكر رضي الله عنه سَوَّىٰ بين المهاجرين والأنصار وأعطى العبد، فقال له عمر: أتجعل الذين جاهدوا في الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم كمن دخل في الإسلام كرها؟ فقال أبوبكر: أصحابنا إنما عملوا لله وأجورهم على الله، وإنما الدنيا بلاغ، فلما انتهى الأمر إلى عمر

---

(١) كلمة لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٨٩؛ والمغني ١٤/ ٣٤-٣٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٢٥٩-٢٦٢؛ وتبصرة الحكام ١/ ٨٠؛ والحاوي الكبير ١٦/ ١٧٢.

(٣) المحلى ١٠/ ٥٩.

فاضل في العطاء بين المهاجرين والأنصار ولم يعط العبيد، فلما كان الأمر [إلى][1] علي سوى في العطا ولم يعط العبيد[2] فكل واحد منهم حكم باجتهاده ولم يتعرض لحكم من كان قبله وإن كان قد خالفه فيما حكم به.

وكذا كان عمر لا يشرك بين الإخوة للأب والأم مع الإخوة للأم، ثم شرك بينهم فيما بعد[3] [4]، [و][5] أنه قضى في الجد بسبعين قضية، ثم قال: لا تحفظوا عني في الجد شيئا»[6]، يقضي في كل وقت بما أدى إليه اجتهاده ولم يتعرض لما مضى.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) رواه البيهقي في قسم الفيء: باب التسوية بن الناس في القسمة. السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٣٤٨. من طريق أبي عبدالله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا أحمد بن عبدالجبار، ثنا يونس بن بكير، عن أبي معشر، عن زيد بن أسلم، عن أبيه فذكره. وفي السند يونس بن بكير بن واصل الشيباني قال ابن حجر عنه: يخطيء. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٣٨٤. وفي السند أيضاً أحمد بن عبدالجبار. قال عنه ابن حجر: ضعيف. انظر: تقريب التهذيب ١/ ٩، إذا فسند هذا الحديث ضعيف.

(٣) رواه البيهقي في قسم الفيء: باب التسوية بن الناس في القسمة. السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٣٤٨. من طريق أبي عبدالله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا أحمد بن عبدالجبار، ثنا يونس بن بكير، عن أبي معشر، عن زيد بن أسلم، عن أبيه فذكره. وفي السند يونس بن بكير بن واصل الشيباني قال ابن حجر عنه: يخطيء. انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٣٨٤. وفي السند أيضاً أحمد بن عبدالجبار. قال عنه ابن حجر: ضعيف. انظر: تقريب التهذيب ١/ ٩، إذا فسند هذا الحديث ضعيف.

(٤) المسألة المشركة أركانها زوج وصاحبة سدس من أم أو جدة، وأخوة لأم اثنان فأكثر، وأخوة أشقاء ذكور، أو ذكور وإناث لا إناث فقط، فكان عمر لا يعطي الأخوة الأشقاء شيئا لاستغراق الفروض، ثم شرك بين الأخوة لأم والأخوة الأشقاء. انظر: فقه المواريث ٢/ ٢٣٣.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) لم أقف عليه.

ولأن الاحتراز منه لا يمكن، لأنه يكثر منه ويتكرر اجتهاده فيه، فهو كما لو باع الوكيل مالاً يتغابن الناس بمثله، فإنه لا ينفذ، لأن الاحتراز منه يمكن، كذلك هاهنا.

كتاب الشهادات[(١)]

[٢٢٤٨/١] **مسألة:** الشهادة على البيع مستحبة وليس بواجبة[(٢)].

خلافاً لداود في قوله: الإشهاد على البيع واجب[(٣)].

لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[(٤)] فأمر بالإشهاد بعد البيع وذلك غير واجب بالإجماع، ولأن النبي ﷺ ابتاع فرساً ولم يشهد، فأنكره صاحب الفرس، فشهد له حزيمة بن ثابت فسمى ذا الشهادتين»[(٥)].

[٢٢٤٩/٢] **مسألة:** / يقبل في الولادة شهادة امرأة واحدة، وكذلك [٣٦٦]

---

(١) الشهادات: جمع شهادة، وهي مصدر شهدَ يشهدُ شهادة، فهو شاهد. والشهادة هي الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان بحق على آخر. انظر: المطلع ص ٤٠٦، وأنيس الفقهاء ص ٢٣٥.

وشرعا: هي إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر. انظر: التعريفات للجرجاني ص ١٧٠.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٦/ ٥٩٥؛ ومنار السبيل ٢/ ٤٨٢؛ وأحكام القرآن للجصاص الحنفي ١/ ٤٨٢؛ وأحكام القرآن لابن العربي المالكي ١/ ٢٥٨؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٣.

(٣) انظر: المحلى ٨/ ٣٤٤. .

(٤) البقرة «٢٨٢».

(٥) رواه أبوداود في الأقضية: باب شهاد أهل الذمة، وفي الوصية في السف، (٣٦٠٧). سنن أبي داود ٣/ ٣٠٦-٣٠٧؛ والحاكم في البيوع، (٢١٨٧/ ٥٨). المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢١؛ والنسائي في البيوع: التسهيل في ترك الإشهاد على البيع، (٦٢٤٣/ ١). السنن الكبرى للنسائي ٤/ ٤٨. وقد صحح الذهبي هذا الحديث. انظر: التلخيص بهامشي المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢١.

كل ما لا يطلع عليه الرجال، مثل العيوب تحت الثياب ونحو ذلك[١] [٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يقبل في ذلك أقل من أربع نسوة[٣].

لما روىٰ ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «يجزيء في الرضاعة شهادة امرأة واحدة»[٤].

وروىٰ حذيفة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه أجاز شهادة القابلة»[٥].

ولأن الولادة معنىٰ يثبت بقول النساء وخبرهن، فجاز أن يثبت بقول امرأة واحدة كأخبار الديانات.

ولا معنىٰ لقولهم: الأخبار لا يعتبر فيها الحرية، ولا لفظ الشهادة، ولا تقدم

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٧؛ والمغني ١٤/ ١٣٤-١٣٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣١٤؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٨٤.

(٢) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه لا يقبل منهن في ذلك أقل من امرأتين. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٢٢١.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٢٧.

(٤) رواه عبدالرزاق في الطلاق: باب شهادة امرأة في الرضاع، (١٣٩٨٢). من طريق شيخ من أهل نجران قال: سمعت ابن البيلماني يحدث عن أبيه، عن ابن عمر فذكره مرفوعاً. انظر: مصنف عبدالرزاق ٧/ ٤٨٤؛ والحديث سنده ضعيف لأن فيه راو مجهول وهو الشيخ من أهل نجران.

(٥)رواه الدارقطني في الأقضية والأحكام وغير ذلك، (١٠٠) من طريق محمد بن عبدالملك الواسطي، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن حذيفة، عن النبي ﷺ قال الدارقطني: محمد بن عبدالملك لم يسمعه من الأعمش بينهما رجل مجهول، ورواه الدارقطني من طريق محمد بن عبدالملك، عن أبي عبدالرحمن المدائني، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن حذيفة، مرفوعا إلىٰ النبي ﷺ، (١٠١). سنن الدارقطني ٤/ ٢٣٢-٢٣٣ قال أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي: أبوعبدالرحمن المدائني مجهول. انظر: التعليق المغني بذيل سنن الدارقطني ٤/ ٢٣٣، إذا فالحديث سنده ضعيف من الطريقين.

على الرواية، لأن هذه الشهادة قد امتنعت على غيرها من الأشياء، بدليل: فنقول[١]: شهادتهن متفرقات تجري مجرى الخبر.

ولأنه لا ضرورة بالمرأة حال الولادة إلى ما زاد على امرأة واحدة، فلم يكن ذلك منوطاً في ثبوت الولادة، دليله: شهادة الرجل، وشهادة الخامسة، ولا يلزم عليه المطلقة الباين إذا ادعت الولادة، لأن شهادتها في إثبات الولادة مقبولة، وفي إثبات نسب الولد من الرجل.

[٣/٢٢٥٠] **مسألة:** يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وتجزئُ فيه امرأة واحدة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقبل في الرضاع إلا شهادة رجل وامرأتين[٣].

لما تقدم من حديث ابن عمر [قال] [٤]: قال رسول الله [ﷺ][٥]: «يجزئُ في الرضاع شهادة امرأة واحدة»[٦].

ولأنها شهادة على عورة، فقبل فيها النساء على الانفراد، دليله: الولادة، ولا يلزم عليه الشهادة على الزنا، لأنه لا تقبل فيها النساء مع الرجال، يبين صحة

---

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٢٩٧؛ والمغني ١٤/ ١٣٤ـ١٣٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣١٤؛ وتبصرة الحكام ١/ ٣٦٢؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٢٧.

(٣) انظر: المبسوط ٥/ ١٣٧ـ١٣٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٠.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

هذا: أنه لابد من النظر إلى الثدي ليعلم الشاهدان اللبن منها، ولو غطت الثدي وحلبت لم يعلم اللبن من أي موضع يخرج، ويجوز أن يكون معها شيء فيه لبن عملته.

[٢٢٥١/٤] **مسألة:** تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب(١).

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله](٢): لا تقبل(٣).

لأنه محدود في قذف، فجاز أن تقبل شهادته بعد التوبة، دليله: الذمي إذا حد في القذف ثم أسلم.

ولا معنى لقولهم: العدالة التي استحدثها الذمي بالإسلام لم تبطل بالحد، لأنها لم تكن موجودة في حال إقامة الحد عليه، وعدالته من جهة الإسلام قد بطلت بوقوع الحد عليه ولم يستحدث عدالة أخرى، لأن هذا الإسلام هو الذي كان موجوداً في حال إقامة الحد عليه، لأن المسلم بطلت عدالته بالقذف، والعجز في تصديق قوله، فإذا تاب عادت عدالته، فكان بمنزلة الذمي الذي أسلم فاكتسب العدالة.

وقولهم: لم يستحدث عدالة أخرى، غير مسلم، لأنه إذا صار عدلاً وزال عنه سمة الفسق فقد عادت عدالة الإسلام، فكل من قبلت شهادته قبل الحد جاز

---

(١) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٥؛ والمغني ١٤/ ١٨٨-١٩٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٥٣، ٣٥٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٣؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٢٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٣٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٥.

أن تقبل بعد إقامة الحد، دليله: الزاني، وشارب الخمر، والسارق[١].

ولا معنىٰ / لقولهم: إنه هناك يفسق بنفس الفعل الموجب للحد، وهاهنا لا [٣٦٧] يفسق بنفس القذف، لجواز أن يكون صادقاً، لأنه إذا عجز عن تصديق نفسه بإقامة البينة صار فاسقاً وسقطت شهادته.

وقوله: «يجوز أن يكون صادقاً في قذفه» لا يصح، لأنه إذا عجز عن إقامة البينة حكمنا بكذبه، ألا ترىٰ أنا نوجب الحد عليه.

ولأن رد الشهادة يتعلق بالقذف لا بإقامة الحد، لأن الحد تطهير وكفارة وإنما يتعلق بالمعصية وهو القذف[٢].

وتقبل شهادته بمجرد التوبة ولا يعتبر فيه صلاح العمل بعد ذلك[٣]؛ خلافاً للشافعي [في قوله][٤]: لا تقبل شهادته إلا بعد صلاح العمل، وهو الكف عن المعصية سنة.[٥]

لما روي عن عمر عن النبي ﷺ في قوله: ﴿**إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾[٦]. قال عليه السلام: «توبته إكذابه نفسه، فإذا تاب قبلت

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٨٩.

(٢) انظر المرجع السابق ١٤/ ١٩٠.

(٣) انظر: المرجع السابق ١٤/ ١٩٤.

(٤) زيادة يقتضيها سياق الكلام لم تذكر بالمخطوط.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٢١-٢٢٢.

(٦) آل عمران «٨٩».

شهادته»[١] فأخبر أن الشهادة تقبل بعد التوبة، وقد وجدت التوبة.

ولأنا قد حكمنا بصحة التوبة في الباطن، لأنه إذا وجد منه الندم، وترك العزم، والخروج من المظلمة ويكون فيما بينه وبين الله تائباً، فلا يشترط صلاح العمل، وكذلك التوبة الحكمية كالتوبة عن الردة، ولا يلزم عليه التوبة عن الأفعال، كالزنا، والسرقة، وشرب الخمر [و][٢] عن البدعة، لأن الحكم فيها كذلك[٣].

وقد قال أحمد في الرجل من الشكاك أظهر التوبة « يتوب فيما بينه وبين الله تعالىٰ ويجانب أهل مقالته حتىٰ يعرف الناس أنه تاب » . وظاهر هذا أنه لم يجعل مجانبته شرطاً في صحة توبته، وإنما جعلها ليكون ذلك دلالة علىٰ توبته عند من عرف ذلك منه، فلم يشترط معنىً ثانياً علىٰ ذلك.

ولا معنىٰ لقولهم: إنهما[٤] في الباطن لا يلحقهما تهمة في أن يظهرا التوبة، وفي الظاهر يلحقهما تهمة في أن يظهرا التوبة لتقبل شهادتهما. لأن هذا يوجب ألا تقبل شهادتهما، إذا كان القذف بلفظ الشهادة لأجل التهمة، وقد قالوا: تقبل.

ولأن القذف علىٰ ضربين: قذف بلفظ الشتم، نحو قوله: «زنيت، وأنت زانٍ»، وقذف بلفظ الشهادة، إذا تاب قبلت شهادته بمجرد التوبة، وقد دل علىٰ

---

(١) ذكر صاحب كنز العمال ٢/ ٤٧٤ أن ابن مردويه أخرجه.

(٢) زيادة يقتضيها سياق الكلام لم تذكر بالمخطوط .

(٣) انظر : المرجع السابق ١٤/ ١٩٤ .

(٤) هكذا في المخطوط بالتثنية والضمير يرجع إلىٰ المحدود في القذف ، ولعل الثاني القاذف . والله أعلم .

ذلك قول عمر لأبي بكرة: تب أقبل شهادتك»[١]، كذلك ها هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك حق أخف، لأنه لا يوجب فسقه، ألا ترىٰ إلىٰ قول عمر: نترك شهادته حتىٰ يتوب، والتوبة من ذنب، لأنه لو لم يوجب ذلك لم يجب عليه الحد، ولم يمنع من قبول شهادته حتىٰ يتوب.

[٢٢٥٢/٥] **مسألة:** وصفة التوبة أن يكذب نفسه فيقول: كذبت فيما قلت[٢]. [٣]

خلافاً للشافعي في قوله: صفة التوبة أن يقول: القول باطل حرام، ولا أعود إلىٰ ما قلت[٤].

لما روي عن النبي ﷺ قال: «توبته إكذابه نفسه»[٥]. فجعل التوبة بمجرد إكذابه نفسه.

ولأن التوبة من الكفر ليس من شرطها أن يقول: الكفر باطل وحرام ولا أعود

---

(١) رواه عبدالرزاق في الشهادات: باب شهادة القاذف. من طريقين الأول: برقم (١٥٥٤٩) من طريق معمر، عن الزهري، عن عمر. والثاني برقم (١٥٥٥٠) من طريق محمد بن مسلم قال: أخبرني إبراهيم بن ميسرة، عن ابن المسيب، عن عمر. المصنف لعبد الرازق ٨/ ٦٢، والبيهقي في الشهادات: باب شهادة القاذف، من طريق الزهري، عن سعيد بن المسيب عن عمر. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ١٥٢. ورواية سعيد بن المسيب عن عمر مرسلة.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٥؛ والمغني ١٤/ ١٩١-١٩٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٥٦-٣٥٨.

(٣) عند مالك لا يراعي إكذاب القاذف لنفسه في توبته، وإنما مراعاته في ذلك الزيادة في خيره وحسن حاله. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٣.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٢٢٢؛ وحلية العلماء ٨/ ٢٦٥.

(٥) سبق تخريجه في المسألة السابقة.

إلىٰ ما قلت، بل هي أن يأتي بالشهادتين التي علىٰ ضد ما كان عليه.

/ ولأن القذف لو كان بلفظ الشهادة لم يحتج في توبته إلىٰ أن يقول: لا أعود [٣٦٨] إلىٰ مثل ما كان مني. كذلك ها هنا.

[٢٢٥٣/٦] **مسألة**: يجوز للأعمىٰ أنْ تحمل الشهادة فيما طريقه الصوت، كالنسب، والموت، والملك المطلق[١]، والوقف، والعتق، والولاء، وسائر العقود، كالنكاح، والبيع، وغيره[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقبل في شيء أصلاً[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: يقبل في ثلاثة مواضع.

أحدها: ما طريقه الاستفاضة كالنسب، والموت، والنكاح.

والثاني: في الضبطة، وهو أن يتعلق بإنسان فيسمع إقراره، فيجوز أن يشهد.

والثالث: في الترجمة[٤].

لأن كل من صح أن يتحمل الشهادة علىٰ الاستفاضة صح أن يتحملها علىٰ العقود والإقرار، كالبصير، أو نقول: كل من صح أن يتحمل الشهادة إذا ضبط

---

(١) أي المطلق عن تعيين سبب الملك، وأسباب الملك كثير، شراء وارث وإحياء. انظر: مسعفة الحكام ٢/ ٧٧٩.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠١؛ والمغني ١٤/ ١٧٨-١٧٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٤؛ وتبصرة الحكام ٢/ ٨٧.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٥؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٨٧.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٣٢، ٢٤٣-٢٤٤.

المشهود عليه صح أن يتحملها وإن لم يضبط[1]، كالبصير، وهذا على الشافعي.

ولا معنى لقولهم: إنه هناك يحصل له العلم من جهة الاستفاضة والضبطة، وها هنا لا يحصل له. لأن الأعمى يحصل له العلم والإحاطة بتكرر الصوت وطول المدة كما يقع للبصير[2] وما يلحقه من الاستنابة في ذلك في معنى ما يلحق البصير فيما يشاهده ويعاينه عند بعد العهد به، يبين صحة هذا: أنه يصوت بزوجته ليلاً، فتجيبه فتعجل له وطأها، ويستدل بصوت المؤذن على (الأذان)[3] فيصلي بأذانه، وكذلك نقل الأخبار من وراء حجاب عن أزواج النبي ﷺ، فيقول الراوي: حدثتني عائشة، وحفصة، وأم سلمة.

ولا معنى لقولهم: إن هذه الأشياء لم تبن على القطع واليقين، وإنما بنيت على غالب الظن، ولهذا إذا زُوّج امرأة لا يعرفها فزفت إليه حل له وطؤها، وإن لم يقطع على أنها زوجته، وكذلك يجد سماعه في كتاب ولا يذكر يجوز له أن يرويه. لأن الشهادة طريقها غالب الظن أيضاً، فلهذا تجوز الشهادة على الشهادة، وإن لم يحصل لشهود الفرع العلم بترك شهود الأصل، والحكم يقع بشهود الفرع والضمان يقع عليهم، وكذلك الحاكم يحكم بغالب الظن، وهو قول الشاهد، كذلك جاز للشاهد أن يشهد بغالب الظن، وكل من صح أن يتحمل الشهادة على النكاح صح أن يتحملها على البيع، كالبصير، وهذا على أبي حنيفة، يبين صحة

---

(١) الضبط شرط في قبول الشهادة.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ١٧٩.

(٣) في المخطوط: (المؤذن). والصحيح ما أثبت. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠١.

هذا: أن الشهادة على عقد النكاح صورتها التحمل، ومعناها معنى الأداء، بدليل أنه لا ينعقد بعبدين عندهم، ولا كافرين، ولا صبيين، كما لا يثبت بهم النكاح[١].

ولا معنى لقولهم: إن النكاح ينعقد بمن ظاهره العدالة وإن لم يثبت النكاح بشهادته، لأنه يتعذر عليه حضور من قد عرفت عدالته في الباطن، لأن ذلك معنى يقف على الحكام ولايتعذر ذلك حال الأداء / ولا يتعذر حضور بصير في حال [٣٦٩] العقد، فكان يجب اعتبارها على قوله.

[٢٢٥٤/٧] **مسألة:** فإن تحمل الشهادة على الأفعال، وهو بصير ثم أداها وهو أعمى جاز، سواء كان تحملها على الاسم والنسب، أو على الأعيان دون الاسم والنسب[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز[٣].

لأن زوال حاسة التحمل بعد صحة التحمل لا يمنع (قبول)[٤] الشهادة، أصله: السمع، فإنه إذا سمع إقرار المقر، ثم بطل سمعه وزال شهد بالإقرار وقبلت شهادته، ولا يلزم عليه زوال العقل بعد التحمل أنه يمنع صحة الأداء، لأن العقل ليس من الحواس وإنما هو من العلم المكتسب بالنظر والاستدلال.

---

(١) انظر: ملتقى الأبحر ١/ ٢٣٨؛ واللباب في الفقه الشافعي ص ٣٠٢.

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٨٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٤؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٣٣.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٥؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٨٧.

(٤) في المخطوط (قول) ولعل ما أثبته هو الصحيح.

ولا معنى لقولهم: إنه معاين للخصم للذي شهد عليه، وهذا غير معاين. لأن المعاينة يحتاج إليها لتعين المشهود عليه وتمييزه من غيره، وهذا يمكنه بذكر اسمه ونسبه وصفاته التي تتميز عن غيره، ويبين صحة هذا أنه ليس من شرط صحة الشهادة معاينة المشهود عليه، بدلالة اتفاقهم على جواز الشهادة على الميت، والموكل للغائب، وليس في مسألتنا إلا عدم شهادته في حال الأداء، فوجب أن تقبل.

[٢٢٥٥/٨] **مسألة:** فإن شهدا عند الحاكم على فعل ثم عميا، أو على فعل وقول ثم خرسا فإن للحاكم أن يحكم بشهادتهما[(١)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحكم بها[(٢)].

لأن العمى معني طرأ بعد أداء الشهادة فلا يورث تهمة في حال الأداء، فوجب ألا يمنع الحكم بها، أصله إذا مات الشاهدان بعد أداء الشهادة، يبين صحة هذا: أن الموت يبطل الحواس كلها، والعمى والخرس يبطل حاستين، ثم ثبت أن الموت لا يبطل شهادتهما[(٣)]، فأولى ألا يبطلها العمى والخرس، ولا يلزم عليه إذا ارتدوا، أو فسقوا، أو رجعوا قبل الحكم بها، لأنه يورث تهمة في حال الأداء[(٤)].

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٨٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٩٧-٦٩٨؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٢٤.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٥؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٨٧.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ١٨٠.

(٤) انظر: المرجع السابق.

[**٢٢٥٦/٩**] **مسألة:** إذا تحمل الأخرس الشهادة بالإيماء[١] والإشارة، فأداها على نحو ذلك لم يصح[٢].

خلافاً لمالك في قوله: إذا كان له إشارة تفهم صح ذلك منه[٣].

لأنها تأدية شهادة بإيماء وإشارة، فلم يصح، كالناطق إذا أتى بالإيماء والإشارة.

ولا معنى لقولهم: الناطق قادر على النطق والأخرس عاجز، وها هنا هو عاجز، فهو كالطلاق، والعتاق، والنكاح، والبيع. لأن تلك الأشياء لا تستفاد إلا من جهته، والشهادة تستفاد من جهة غيره، فلم يكن بنا حاجة إلى (قبولها)[٤] من جهته بالإيماء والإشارة.

[**٢٢٥٧/١٠**] **مسألة:** تقبل شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود وما في معناها من القصاص[٥].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا تجوز شهادته[٦].

---

(١) الإيماء: الإشارة، وقد يكون بالرأس أو باليد. انظر: الدر النقي ١/ ١٧٨.

(٢) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٨٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٩٧؛ وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧٩ وروضة الطالبين ٨/ ٣٢.

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٢٣٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٤.

(٤) في المخطوط (قولها) ولعل الصحيح ما أثبت.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٣-١٣٠٤؛ والمغني ١٤/ ١٨٥-١٨٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٥٠.

(٦) منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية ثانية عند الحنابلة. انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٥٠؛ وتبصرة الحكام ١/ ٢٥٩؛ وحلية العلماء ٨/ ٢٤٦؛ والمغني ١٤/ ١٨٥.

لأنه عدل مكلف فقبلت شهادته، دليله: الحر، ولا يلزم عليه الصبي، والمجنون، لقولنا «مكلف»، ولا يلزم عليه الفاسق، لقولنا «عدل»، وليس لهم / [٣٧٠] أن يتبعوا الوصف ويقولوا: ليس بعدل. لما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «يحمل [هذا العلم][1] من كل خلف عدوله»[2]. والعبد ممن يصح حمله، وتقبل روايته، ورواية الخبر لا تصح ممن ليس بعدل[3]، وليس يمنع أن تصح شهادته في المال دون الحدود، بدليل: المرأة تقبل شهادتها في المال دون الحدود[4]، كذلك الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، وعلم الحاكم يثبت المال بذلك دون الحدود[5].

[٢٢٥٨/١١] **مسألة:** لا تقبل شهادة الصبيان في الجراح ولا في غيرها[6].

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) رواه أبونعيم الأصبهاني في معرفة الصحابة ٢/ ١٥٧ـ١٥٨، (٧٣٠)، وابن عدي في الكامل ٢/ ٥١١. الجميع من طريق أبي الربيع الزهراني، ثنا حماد بن زيد، عن بقية بن الوليد، عن معاذ بن رفاعة، عن إبراهيم بن عبدالرحمن العذري، عن النبي ﷺ مرفوعاً. وفي سند هذا الحديث بقية بن الوليد بن صائد بن كعب التيمي ذكره ابن عدي في ضعفاء الرجال. انظر: الكامل في ضعفاء الرجال ٢/ ٥٠٤؛ وقال عنه ابن حجر: كثير التدليس عن الضعفاء. انظر: تقريب التهذيب ١/ ١٠٥، إذاً الحديث سنده ضعيف.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ١٨٦.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ١٢٩.

(٥) هذه رواية مرجوحة عند الحنابلة، والمذهب عند الحنابلة أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا مال. انظر: المغني ١٤/ ٣١.

(٦) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٩؛ والمغني ١٤/ ١٤٦ـ١٤٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٢٣؛ وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٩٩.

خلافاً لمالك في قوله: تقبل شهادتهم في الجراح والقتل إذا جاؤوا مجتمعين على الحالة التي تجارحوا عليها وشهد على شهادتهم قبل أن يتفرقوا، ولا يلتفت بعد ذلك إلى رجوعهم، فأما إن تفرقوا ثم رجعوا وشهدوا بها لم تقبل(١).

لأنها شهادة من غير ملكف، فلم يصح قبولها، كما لو شهد بمال، يؤكد هذا أن المال أخف حالاً من الجراح، بدلالة: أن لشهادة النساء مدخلاً فيه، ولا مدخل لها في القصاص، [ولـ](٢) و قبلت شهادته جاز أن تقبل وإن تفرقوا، كالرجال.

[**٢٢٥٩/١٢**] **مسألة:** تجوز الشهادة بالملك المطلق من جهة الاستفاضة، وكذلك الوقف، والنكاح، والعتق، والولاء، والنسب، والموت(٣).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تجوز الشهادة بشيء من ذلك، بالاستفاضة إلا النسب(٤).

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال مثل قولنا، ومنهم من قال: تجوز الشهادة بالاستفاضة بالنسب والملك، والموت فقط(٥).

---

(١) انظر: التفريع ٢/ ٢٣٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٢٢.

(٢) بياض بالمخطوط مقدار كلمة ولعل مكانها ما أثبت.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٨-١٢٩٩؛ والمغني ١٤/ ١٤١-١٤٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٢٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٣٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٣-١٣٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٨٦. حيث ذكروا أن مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة: عدم جواز الشهادة بالاستفاضة في العتق، والوقف، والولاء، وأجاز الشهادة بالاستفاضة في النسب، والنكاح، والدخول، وولاية القاضي، وأصل الوقف إذا أخبره بها من يثق به من عدلين، أو عدل وعدلتين.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٣٩.

لأن الملك لا يمكن تحمل الشهادة [عليه][1] من جهة القطع واليقين، لأن أسبابه تتسع، يملك بالبيع، والصلح، والميراث، والإحياء، والغنيمة، فلا يمكن ضبط السبب، فجاز الشهادة عليه بالاستفاضة، كالنسب لما لم يكن تحمل الشهادة عليه من جهة القطع، لأن الشاهد لا يعلم قطعاً أن هذا المولود على فراشه، وهو من صاحب الفراش، وأن العلوق منه، كذلك ها هنا.

ولا معنى لقولهم: يمكن ثبوتها من جهة اليد وظهور التصرف. لأنه إذا جاز أن يشهدوا بالملك من طريق التصرف وظهور اليد، جاز أن يشهدوا من طريق الاستفاضة، لأن الاستفاضة شهادة، واليد محتملة أن تكون عارية، أو إجارة، أو وديعة.

ولأن الموت أسبابه تكثر، فلا يمكن كل واحد تحمل الشهادة على ثبوته بمشاهدة، وقد يموت حاضراً، أو غائباً، فجاز تحمل الشهادة عليه بالاستفاضة، كالنساء.

ولأن الوقف، والعتق، والولاء، والنكاح تتناسى على الأيام فلا يبقى من يشهد على نفس الوقف من الواقف، ولا على العتق من المعتق، ولا على النكاح من الولي، فلم يكن بد من الشهادة بالاستفاضة وإلا بطلت الوقوف، والأنكحة، والعتق.

ولا معنى / لقولهم: يمكن إثبات هذه الأشياء بالشهادة على الشهادة. لأنه [٣٧١] يمكن إثبات النسب بالشهادة على الشهادة، ومع هذا فإنه تجوز الشهادة من طريق

(١) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

الاستفاضة.

ولأن الولاء بمنزلة النسب، فإن النبي ﷺ [قال][1]: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2]. والنسب ثبت من جهة الاستفاضة، كذلك الولاء، وكذلك الدين يثبت بالاستفاضة كالعتق، لأن جهته تتسع: قرض، وثمن مبيع، وقيمة متلف، هو كالملك.

وقال أحمد[3]: إذا كان شيئاً مستفيضاً.

[٢٢٦٠/١٣] مسألة: إذا رأى الشاهد رجلاً يتصرف في داره مدة تصرف الملاك بالإجارة، والإعارة، والنقض، والبناء من غير منازع جاز له أن يشهد بالملك المطلق لأجل ذلك التصرف[4].

خلافاً لمالك في قوله: يشهد باليد دون الملك[5].

وخلافاً لبعض الشافعية في قولهم: إن كان يتصرف مدة طويلة شهد له

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) رواه الحاكم في الفرائض، (٧٩٩١/ ٤٤). المستدرك على الصحيحين ٤/ ٣٧٩-٣٨٠، وابن حبان في صحيحه. انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، (٤٩٥٠) ١١/ ٣٢٥-٣٢٦، والبيهقي في الولاء: باب من أعتق مملوكاً له. السنن الكبرى البيهقي ١٠/ ٩٢. وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ١٠٩.

(٣) وقد قيل له اتشهد أن فلانة امرأة فلان، ولم تشهد النكاح؟ فقال: نعم، إذا كان مستفيضاً. انظر: المغني ١٤/ ١٤٢.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ١٤٣-١٤٤؛ المقنع لابن قدامة ٣/ ٦٧٩.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٩.

بالملك، وإن كان ذلك في مدة يسيرة لم تخوله أن يشهد بالملك[١].

لأن اليد تدل على الملك، بدليل: طول التصرف من غير منازع، وبدليل: جواز الشراء ممن له اليد.

ولأن الأملاك ليس من طريق إثباتها والشهادة عليها معاينة الملك، لأن الملك لا يعاين وإنما طريقه ثبوت اليد على الشيء وظهور التصرف، لأنه إن كان طريق الملك عقداً، أو إرثاً، أو سبباً فإنما يعلم من طريق الظاهر، لجواز أن يكون البيع من غير مالك، أو الميت لم يكن مالكاً له، أو يكون السبي من دار الحرب ملكاً لمسلم، أو لذمي، وكذلك من استقى من دجله، أو أخذ طيراً من الصحراء يجوز أن يكون مستأجراً في ذلك، وإذا كان طريقه ثبوت اليد جازت الشهادة به.

[٢٢٦١/١٤] **مسألة:** لا تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم[٢] على بعض[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: تقبل شهادة بعضهم على بعض[٤].

لما روى أبوهريرة عن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا أمتي تجوز شهادتهم على من سواهم»[٥].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٢٤١-٢٤٢.

(٢) في المخطوط (بعضهم بعضهم) وهذا تكرار.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٠؛ والمغني ١٤/ ١٧٣-١٧٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٢٩-٢٣٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ١٩٩.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٥٢٩؛ والمبسوط ١٦/ ١٤٠؛ والمغني ١٤/ ١٧٣.

(٥) رواه عبدالرزاق في الشهادات: باب شهادة أهل الملل بعضهم على بعض وشهادة المسلم

وروىٰ معاذ عن النبي ﷺ قال: «لا تحل شهادة أهل دين علىٰ أهل دين إلا المسلمين، فإنهم عدول علىٰ أنفسهم وعلىٰ غيرهم»[١].

وكل من لا تقبل شهادته علىٰ المسلمين، وجب ألا تقبل علىٰ أهل الذمة، دليله: نساء المسلمين، وعكسه المسلم، ولايلزم عليه شهادته علىٰ الوصية في السفر إذا لم يوجد مسلم، لأنها تقبل علىٰ المسلم، وتقبل علىٰ الكفار، يبين صحة هذا: أن فساق المسلمين أحسن حالاً من أهل الذمة، لأن اعتقادهم صحيح يؤمنون بالنبي ﷺ، وبالقرآن.

[**٢٢٦٢/١٥**] **مسألة:** تجوز شهادة أهل الذمة علىٰ المسلمين في الوصية في السفر / إذا لم يوجد من المسلمين من يشهد، ويحلفا إذا شهدا بالله ما خانا، ولا [٣٧٢] بَدَّلا، ولا كتما، ولا غَيَّرا، وأنها لَوَصِيَّةُ الرجل[٢].

[خلافاً لأكثرهم][٣].

لقوله تعالىٰ: ﴿**أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلا نَكْتُمُ**

عليهم، (١٥٥٢٥). المصنف ٨/ ٣٥٦؛ والبيهقي في الشهادات: باب من رد شهادة أهل الذمة. السنن الكبرىٰ ١٠/ ١٦٣. الجميع من طريق عمر ابن راشد اليمامي، عن يحيىٰ بن أبي كثير، عن أبي سلمة بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة مرفوعاً. قال البيهقي: عمر بن راشد هذا ليس بالقوي قد ضعفه أحمد بن حنبل، ويحيىٰ بن معين، وغيرهما من أئمة النقل. انظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ١٦٣، إذاً الحديث سنده ضعيف.

(١) رواه البيهقي في الشهادات: باب من رد شهادة أهل الذمة. السنن الكبرىٰ ١٠/ ١٦٣ من رواية أبي هريرة والحديث ضعيف. انظر: خلاصة البدر المنير ٢/ ٤٣٩.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٠؛ والمغني ١٤/ ١٧٠-١٧١؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٣٨-٣٤٢.

شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الآثِمِين﴾[١] فأباح الله شهادتهما على المسلمين في هذا الموضع بقوله: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُم﴾ [٢] ولا يصح حمله على غير قبيلتكم من وجوه:

أحدها: جواب أبي عبيد[٣]، وهو أن الله خاطب أهل التوحيد فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُم ...﴾[٤] فلم يبق أحد منهم إلا وقد خوطب بها، فكيف [يجوز أن][٥] يقال من غيركم إلا من كان خارجاً منها.

الثاني: جواب ابن قتيبة أنه أمر بإحلافهم بقوله تعالى: ﴿فيقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾[٦] والشاهد من المؤمنين لا يستحلف.

الثالث قوله: أن[٧] ولو كانا من غير قبيلتنا لم نرتب [ ][٨] بهم.

الرابع: ﴿فإن عثر على أنهما استحقا﴾ ما يعني حنثا في اليمين ﴿فئاخران يقومان مقامها﴾ من أولياء الميت ﴿فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما﴾ فجعل شهادة اثنين من أولياء الميت أصح من شهادتهما، ولو كان المراد به القبيلة ماكان شهادة اثنين من الأولياء أصح من شهادة عدلين.

الخامس: قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَن يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَن تُرَدَّ

---

(٣) ساقط من الأصل. انظر: المغني ١٤/ ١٧١؛ وإعلاء السنن ١٥/ ٢٤٦، وحلية العلماء ٨/ ٢٤٨؛ وأحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٧٢٣.

(١) المائدة «١٠٦».

(٢) المائدة «١٠٦».

(٣) انظر: جوابه في كتابه الناسخ والمنسوخ ص ١٦٣، ١٦٤.

(٤) المائدة «١٠٦».

(٥) ساقط من المخطوط. انظر: الناسخ والمنسوخ لابن عبيد ص ١٦٤.

(٦) المائدة «١٠٦».

(٧) هكذا بالمخطوط، ويظهر لي أن فيه سقطاً في الكلام ولعله: قوله تعالى «من غيركم» أنه لو كان

أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاسْمَعُوا وَاللَّهُ لا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ﴾ [١] على أولياء الميت بعد أيمانهم فيفتضحوا أو يغرموا، وهذا كله لا يكون في قبيلة أخرى من المسلمين.

ولأن الضرورة قد تؤثر في الشهادات، بدليل شهادة النساء على الانفراد فيما لا يطلع عليه الرجال، كالولادة، والاستهلال، والرضاع، كذلك ها هنا الضرورة حاصلة بالسفر.

[٢٢٦٣/١٦] **مسألة:** يجوز الحكم بشهادة شاهد ويمين[٢].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز[٣].

لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ «قضى باليمين مع الشاهد»[٤]. ولايصح تأويله أنه قضى باليمين مع وجود الشاهد، بمعنى لم يَخُصَّ إلا شاهداً واحداً بتزكية، وقضى بيمين المدعى عليه، لأن قوله: «مع الشاهد» يقتضي أن يكون القضاء باليمين مع الشاهد معاً، لأن «مع» التشريك، فهو كما لو قال: باع فلان ثوباً مع عبد، وأكل خبزاً مع تمر. اقتضى أن يكون البيع والأكل تناولهما.

ولأنه قد روى «قضى بشاهد ويمين» ولا يصح حمله على رجل اشترى جارية ثم ادعى بها عيباً باطناً، فشهد له شاهد واحد بالعيب، فقبله النبي ﷺ وأثبت العيب بشهادته ثم ادعى البائع أن المشتري كان قد أبرأه من العيب، فاستحلفه

المراد من غير قبيلتنا . . . .

(٨) كلمة لم تتضح بالمخطوط.

(١) المائدة «١٠٨».

(٢) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٦-١٢٩٧؛ والمغني ١٤/ ١٣٠-١٣١؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٠٦؛ وتبصرة الحكام ١/ ٣٣٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٥٢.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٩٧ و ٣٣٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٣٥.

النبي ﷺ ما أبرأه. لأن اللفظ يقتضي أن يكون الواحد فيهما معاً، / لأن اللفظ [٣٧٣] بالتشريك، وهذا قضى بالشاهد الواحد في اثبات العيب وقضى باليمين في نفي شرط البراءة من عيوبه.

ولأن المدعي أحد المتداعيين، فجاز أن تثبت اليمين في جنبته ابتداء[١]، دليله: المدعى عليه، وعلى قول أبي حنيفة لا تثبت اليمين في جنبة المدعي بحال[٢]. ولا يلزم على هذا أن تقبل يمين المدعي عند نكول المدعى عليه، لأن ثبوتها لا يحصل على وجه الابتداء، وإنما هو على وجه الرد عليه.

[٢٢٦٤/١٧] **مسألة:** لا يثبت المال بشهادة امرأتين ويمين[٣].

خلافاً لمالك في قوله: يثبت[٤][٥].

لأنه يثبت مالاً ببينة ليس منها ما تقبل في النكاح، فوجب أن لا يحكم بها، دليله: إذا أقام أربع نسوة.

ولأن كل واحد من اليمين والمرأتين حجة ضعيفة، دليله: أنها تصير حلا لأحدهما في النكاح، والطلاق، والعتق، والقصاص، والضعيف إنما يقبل إذا كان معه ما هو أقوى منه، وهو الرجل، فأما إذا انضاف ضعيف إلى ضعيف فلا

(٤) رواه مسلم في الأقضية: باب القضاء باليمين والشاهد، (١٧١٢) (٣). صحيح مسلم ٣/ ١٣٣٧.

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٣١.

(٢) انظر: إعلاء السنن ١٥/ ٣٥٠.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٢٩٦-١٢٩٧؛ والمغني ١٤/ ١٣٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٠٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٥٢.

يجوز الحكم به، كما لو حلف بيمين، أو أقام أربع نسوة.

[**٢٢٦٥/١٨] مسألة:** يثبت العتق بشاهد ويمين، وعلىٰ قياسه الكتابة والولاء[١].

خلافاً لمالك، والشافعي، (والثانية)[٢]: لا يثبت ذلك إلا بشاهدين[٣].

لأن الشاهد واليمين يثبت به المال، فيثبت به العتق، دليله: الشاهدان، ولا يلزم عليه الشاهد والمرأتان، لأنه يثبت العتق بهما علىٰ هذه الرواة[٤].

ولأن العتق في معنىٰ الملك، ألا ترىٰ أنه يجري فيه المال، وهو الكفارة في حق الموسر، ويعتبر من الثلث، ويدخله البدل، ويجب باتلافه مال، والنكاح، والحد، والطلاق، والرجعة، والخلع ليس فيها معنىٰ المال[٥].

ولأن العتق نتيجة الملك، والملك يثبت بشاهد ويمين، وأما الوكالة، والوصية، والوديعة فحكمها حكم العتق يخرج علىٰ الروايتين[٦].

[**٢٢٦٦/١٩] مسألة:** إذا حكم بشاهد ويمين بمال ثم رجع الشاهد عن الشهادة فإنه يغرم جميع المال[٧].

---

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٢٣٨؛ والتمهيد ٢/ ١٥٧.

(٥) لا مدخل للحنفية في هذه المسألة حيث لا يقولون بالقضاء بشاهد ويمين وهذه من باب أولىٰ.

(١) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ٨٧ـ٨٨؛ والمغني ١٤/ ١٣٣ـ١٣٤.

(٢) في المخطوط: (والثاني).

(٣) وهذا هو الصحيح عند الحنابلة. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٢٥؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٠؛ وكتاب الروايتين والوجهين ٣/ ٨٧.

(٤) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ٨٧ـ ٨٨.

(٥) انظر: المرجع السابق.

خلافاً للشافعي في قوله: يرجع بنصفه على المشهود له[١]. [٢]

لأن يمين المدعي إذا انضمت إلىٰ بينة لم يحكم بها، وكان الحكم بالبينة، دليله: إذا ادعىٰ علىٰ غائب، أو ميت، أو صبي، أو مجنون وأقام البينة واستحلفه الحاكم مع بينة، فإن الحكم يقع بالبينة لا باليمين، كذلك ها هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هناك بينة كاملة، وها هنا هي غير كاملة، لأنها في حكم ما لا يكمل، ألا ترىٰ: أنه لا يقضي له بمجردها حتىٰ يحلف مع البينة، كما لا يقضي له في مسألتنا حتىٰ حلف مع بينته، وعلىٰ أن يقضي بها لا يمنع من ثبوت / [٣٧٤] الحق بها، كما لم يمنع من ثبوت الحق له بيمينه وحده عند نكول المدعىٰ عليه (لا يعبر)[٣] عن نفسه، وهذه اليمين لإثبات الحق، لأنا لا نسلم أنها لإثبات الحق، وإنما هي للاحتياط، والحق يثبت بالشاهد، ولا يصح قولهم: كيف يثبت بشاهد واحد؟ لأنه لما جاز أن يثبت بيمين المدعي وحده عند نكول المدعىٰ عليه، وكما يثبت في القسامة عنده، كما لو كان عنده شاهدان جاز أن يقر أيهما شاء، ولما بر بترتيب اليمين على الشاهد دل علىٰ أنها ليست كشاهد آخر، ألا ترىٰ أن اليمين مع البينة علىٰ الغائب، والصبي، والمجنون لماترتبت شهادة شاهدين لم يكن بمنزلة شاهد آخر، كذلك ها هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: أيمانها لم تتقدم، لأن سببه ضعيف، وإنما تقوىٰ حين يشهد

---

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٧١٩.

(١) مذهب الشافعي أن الشهود إذا رجعوا أنه لا يرجع عليهم بغرم. انظر: الحاوي الكبير ١٧/ ٢٦٧.

(٢) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه يرجع علىٰ الشاهد بنصف المال. انظر: الكافي في فقه أهل

الشاهد الذي معه، لأنه كان يجب أن يقوي سببه بحضور الشاهد الآخر، كما يقوىٰ إذا شهد وهما سواء، لأنه يجوز أن يرجع عن الشهادة بعد أدائها، كما يجوز أن يمتنع عن إقامة الشهادة بعد الحضور.

[٢٢٦٧/٢٠] **مسألة:** إذا قال المدعي: ليست لي بينة، ثم أقامها لم تسمع[1].

خلافاً لأكثرهم[2].

لأنه قد أنكر البينة وأكذبها، فلم تقبل، دليله: لو شهدت له بالحق، ثم أنكرها، وكذبها، وقال: مالي قبله حق. فإنها لا تقبل، كذلك قبول الشهادة، يبين صحة هذا: أنه قد يشهد له بحق لايكون عالماً به، مثل أن يسمع رجلاً يقر له بحق، أو يوصي له بوصية، وهو لا يعلم بذلك، ومع هذا إذا أنكرها بعد الشهادة لا تقبل قبل الشهادة.

ولامعنىٰ لقولهم: إنه قد يكون له بينة وهو لا يعلم، مثل: أن يكون من عليه الحق أشهد علىٰ نفسه بذلك، لأنه يبطل به إذا أنكرها بعد أن شهدت، فإنه يحتمل أن يشهد له بما لا يعلم به من إقرار ووصية، ويحتمل أن يكون علم ونسي، علىٰ أنه إن كان يحتمل ما ذكرت إلا أن الصريح إنكارها وتكذيبها، فلا يسقط هذا الصريح بالمحتمل، ألا ترىٰ أن نقد البلد لا يسقط التسمية المذكورة في العقد، وإن خالفت نقد البلد، لأنها صريح فلا تسقطت بالظاهر الذي هو نقد البلد.

المدينة المالكي ٢/ ٢٣١.

(٣) في المخطوط (لا) بدون نقط ولعلها ما أثبت.

(١) وهو أحد الوجهين عند أكثر الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣١٨؛ والمغني ١٤/ ٢٧١-٢٧٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٩٤؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٣١٥.

[٢٢٦٨/٢١] **مسألة:** شهادة العدو على عدوه لا تقبل، وإنما يكون هذا في عداوة لا تخرجه عن العدالة، مثل: الزوج يقذف زوجته لا تقبل شهادته عليها، وكذلك من قطع عليه الطريق لا تقبل شهادته على القاطع[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تقبل[٢].

لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا محدود في الإسلام ولا ذي غمر على أخيه»[٣].
والغمر: الحقد والعداوة[٤]، وهو عام في غمر يؤدي إلى الفسق، أو لا يؤدي.

وروى طلحة بن عبدالله بن عوف، عن النبي ﷺ أنه أمر منادياً ينادي أن لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٥]. والعدو خصم، والظنين: المتهم.

ولأنه يتهم في شهادته بسبب منهي عنه، فوجب ألا تقبل شهادته، كالفاسق، أو نقول: العداوة سبب / يورث التهمة، وشهادته من طريق العادة والحيلة توجب أن [٣٧٥] يتعلق به رد الشهادة في موضع التهمة، كالولادة.

---

(٢) منهم ابن المنذر، والحنفية، ووجه آخر عند الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٢٧١-٢٧٢؛ وإعلاء السنن ١٥/ ٤٤٠؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٣١٥.

(١) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٠-١٣٠١؛ والمغني ١٤/ ١٧٤-١٧٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٤٢-٣٤٤؛ وتبصرة الحكام ١/ ٢٦٨؛ والحاوي الكبير ١٧/ ١٦١.

(٢) انظر: مسعفة الحكام على الأحكام ٢/ ٥١٦.

(٣) رواه أبوداود في الأقضية: باب من ترد شهادته، (٣٦٠٠). سنن أبي داود ٣/ ٣٠٤؛ والدارقطني في الأقضية والأحكام وغير ذلك، (١٤٣)، (١٤٤). سنن الدارقطني ٤/ ٢٤٣-٢٤٤؛ والبيهقي في الشهادات: باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا ظنين، ولا خصم. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٢٠٠، وقد حسن الألباني هذا الحديث. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٨٣.

(٤) انظر: النهاية في غريب الحديث ٣/ ٣٨٤.

[٢٢٦٩/٢٢] **مسألة:** لا تقبل شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده[١].

خلافاً لداود في قوله: تقبل[٢].

لما روت عائشة عن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ذي قرابة»[٣]. فنهى عن شهادة القرابة، وعلى وجه نحمله إلا على الوالدين والمولود لتأكدهما.

وفي لفظ آخر: «لا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا شهادة الوالد لولده»[٤].

ولأن مال الولد كمال والده، وهو جزء منه. قال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[٥].

وقال تعالى: ﴿خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾[٦] وقال: ﴿وَجَعَلُوا لَهُ مِنْ عِبَادِهِ جُزْءًا﴾[٧] يعني ولدا[٨]، وهذا يدل على أنه جزء منه،

---

(١) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: الفوائد الزينبية في مذهب الحنفية لابن نجيم ص ٨٧؛ والمقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٢؛ والمغني ١٤/ ١٨١-١٨٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٤٨-٣٤٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٠٩-٢١٠، والحاوي الكبير ١٧/ ١٦٣.

(٢) انظر: المحلى ١٠/ ٤٠٦.

(٣) رواه الترمذي في الشهادات: باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، (٢٢٩٨). من طريق مروان الفزاري، عن يزيد بن زياد الدمشقي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة مرفوعا. سنن الترمذي ٤/ ٥٤٥-٥٤٦. قال الترمذي هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف هذا الحديث، وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن الترمذي ص ٢٥٨.

(٤) رواه الترمذي في الشهادات: باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، (٢٢٩٨). من طريق مروان الفزاري، عن يزيد بن زياد الدمشقي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة مرفوعا. سنن الترمذي ٤/ ٥٤٥-٥٤٦. قال الترمذي هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف هذا الحديث، وقد ضعفه الألباني. انظر: ضعيف سنن الترمذي ص ٢٥٨.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) الطارق «٦: ٧».

(٧) الزخرف «١٥».

ثم شهادته لا تقبل كذلك لولده.

[٢٢٧٠/٢٣] **مسألة:** تقبل شهادة الأخ لأخيه، والصديق الملاطف[(١)].

خلافاً لمالك في قوله: لا تجوز[(٢)].

لأن المهاداة، والبر، والصلة لأخيه وصديقه مندوب إليها ومرغوب فيها، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا»[(٣)]. فإذا كان كذلك لم يكن سبباً ترد به الشهادة، كما لو كان مواصلاً له بالهدية المرة بعد المرة، وكان واصله بقضاء الحقوق، واجتماع الكلمة، ولم يكن منقطعاً إليه واضحاً في ذلك.

[٢٢٧١/٢٤] **مسألة:** لا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر[(٤)].

خلافاً للشافعي في قوله: تقبل[(٥)].

لأنه لا يحجبه غيره، أشبه الأب والابن، يبين صحة هذا: أنها ردت هناك لأجل التهمة، وذلك موجود هاهنا من جهتين، أحدهما: أن كل واحد منهما

---

(٨) انظر: تفسير الطبري ٢١/ ٥٧٧.

(١) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٣؛ والمغني ١٤/ ١٨٤-١٨٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٥٠؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٠؛ والحاوي الكبير ١٧/ ١٦٢.

(٢) مذهب الإمام مالك في هذه المسألة: أنه لا تجوز شهادة الصديق الملاطف لصديقه، وتجوز شهادة الأخ إلا في النسب ودفع المعرة عنه. انظر: التفريع ٢/ ٢٣٦؛ والكافي في فقه المدينة المالكي ٢/ ٢١٠.

(٣) رواه البخاري في الأدب المفرد: باب قبول الهدية، وقد حسنه الألباني في صحيح الأدب المفرد ص٢٢١. وقال: ليس في شيء من الكتب الستة.

(٤) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٣؛ والمغني ١٤/ ١٨٣-١٨٤؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٥٠؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٨٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٠.

(٥) إلا في الزنا فلا تقبل. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٠؛ وحلية العلماء ٨/ ٢٦١.

ينبسط في مال صاحبه [في][1] العادة، بدليل: أن للزوج أن يجلس على فراشها، وينام عليه، ويستعمل الأواني التي في البيت بغير إذنها.

الثاني: أن مال كل واحد منهما مضاف إلى الآخر، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿ **وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ** ﴾[2]، وقال في موضع آخر: ﴿ **لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلاَّ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ** ﴾[3]، فأضاف الدور تارة إلى النبي ﷺ وتارة إلى أزواجه.

وقول عمر لعبدالله بن عمرو الحضرمي لما ذكر له أن عبده سرق مرآة لامرأته: «عبدكم سرق مالكم، لا قطع عليه»[4]. فأضاف مال الزوجة إليهما.

ولأن ما يحصل للمرأة بشهادة الزوج يزيد في قمية بضعها[5]، لأن قيمته تعتبر بمالها، وجمالها، وما يحصل لزوجها (بشهادتها)[6] يزيد في نفقتها، فلا يختلف باختلاف حالة الزوج في يساره واعإاره، وإذا شهدت له بمال فقد أثبتت لنفسها بشهادتها فيه حقاً لا محالة، فكأنها شهدت لنفسها فلا تقبل، ولا يلزم عليه الأخ المعسر إذا شهد لأخيه الغني بمال فإن شهادته مقبولة وإن كان يجر بشهادته [ ][7]

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) الأحزاب «٣٣».

(٣) الأحزاب «٥٣».

(٤) رواه الإمام مالك في الحدود: باب ما لا قطع فيه، (٣٣). موطأ الإمام مالك ٢/ ٨٣٩-٨٤٠؛ وابن أبي شيبة في الحدود: في العبد يسرق من مولاه ما عليه. المصنف لابن أبي شيبة ٦/ ٥٢٤؛ والبيهقي في السرقة: باب العبد يسرق من مال امرأة سيده: السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٢٨١-٢٨٢، وقد صححه الألباني. انظر: ارواء الغليل ٨/ ٧٥.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ١٨٤.

(٦) في المخطوط (بهادتها).

(٧) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

بمال قبلت شهادته، وإن كان [ ][1] لأن الأخ لا يستحق النفقة على أخيه في جميع الأحوال، وإنما يتسحقها في حال، ولا يستحقها في أخرى، فهو مثل أن يشهد على رجل أنه أخذ من بيت المال ألف / درهم أن شهادته تقبل، وإن جاز أن يثبت له حق في بيت المال، لأن ذلك الحق لا يثبت في جميع الأحوال، وأما الزوجة فإنها تستحق النفقة على زوجها في كل حال، فإذا شهدت له بمال أثبتت لنفسها فيه حقاً لا محالة فلا تقبل[2]، وأما الغريم فدينه ثابت في ذمة غريمه سواء كان غنياً أو فقيراً، وحق المطالبة ثابت أيضاً، فليس يثبت بشهادته حق لنفسه.

[٢٢٧٢/٢٥] **مسألة:** من حكم بفسقه من أهل الأهواء، كالخوارج[3]، والذين يسبون عثمان، وعلياً، والرافضة الذين يسبون أبابكر، وعمر، ويقدمون علياً على أبي بكر وعمر في الفضل والأمانة لا تقبل شهادته[4].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: الفسق الذي يتدين به لا يوجب رد شهادته[5].

لأنه أحد نوعي الفسق، فجاز أن يؤثر في الشهادة، دليله: الفسق بالأفعال،

---

(١) كلمات لم تتضح في المخطوط من جراء تآكله.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ١٨٤.

(٣) الخوارج: كل من خرج على الإمام الحق الذي اتفقت الجماعة عليه يسمى خارجياً، وكان أول ظهور الخوارج زمن علي ـ رضي الله عنه ـ حين جرى أمر التحكيم، وهم فرق منهم: المحكمة، والأزارقة، والنجدات، والإباضية. ويجمعهم القول بالتبري من عثمان وعلي رضي الله عنهما، ويكفرون أصحاب الكبائر، ويرون الخروج على الإمام إذا خالف السنة حقاً واجباً. انظر: الملل والنحل للشهرستاني ص ١١٤ ـ ١١٥.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٤٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٣٠ـ٣٣٢؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٢؛ والحاوي الكبير ١٧/ ١٧٢ـ١٧٣.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٧؛ وملتقى الأبحر ١/ ٩٠.

ولا يلزم عليه شهادة أهل الذمة على المسلمين في الوصية في السفر، لأن التعليل لنوع هذا الفسق المتعلق بالاعتقاد، ولا يلزم عليه الأحوال.

ولا يصح قولهم: إن من يتدين به لا تلحقه التهمة. لأن هذا يوجب قبول شهادة أهل الذمة على المسلمين، لأن فسقهم من جهة الدين، وأجمعنا على بطلانها.

[٢٢٧٣/٢٦] **مسألة:** [من شرب](١) النبيذ معتقداً اباحته يلزمه الحد ولا تسقط شهادته(٢).

[خلافاً لمالك في قوله: ترد شهادته](٣).

لأن اعتقاد استباحة المحرم أعظم من فعله، ألا ترى أنه من استباح الزنا كفر، ومن فعله فسق ولم يكفر، فلما كان استباحة شرب النبيذ لا تسقط الشهادة فتناوله أولى أن لا يسقطها.

ولأن تناول الخمر مختلف فيه ويسوغ فيه الاجتهاد(٤)، فلم يوجب فعل ذلك سقوط الشهادة، كالنكاح بلا ولي ولا شهود، وقتل المسلم بالكافر، ولا يلزم على هذا اللعب بالشطرنج، وسماع الغنا بغير آلة، لأنا نقول فيه ما نقول في شرب النبيذ، وإذا فعل ذلك متأولاً لم ترد شهادته به، وقد قال أبوبكر في كتاب الشهادات من الخلاف، وقد حكى

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) هذا إذا لم يسكر، وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ١٧٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٣٢؛ والحاوي الكبير ١٧/ ١٨٥.

(٣) ساقط من المخطوط. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٢.

(٤) إذا كان النبيذ لم يسكر، أما إذا أسكر فلا خلاف في تحريمه.

قول الشافعي في سماع الغناء واللعب بالشطرنج[١]، وقال: قياس قول أبي عبدالله على قول الشافعي، لأن التأويل يحتملهما. ولا يلزم عليه إذا شربه يعتقد حظره. كالحنبلي إنّ شهادته لا تقبل على ظاهر كلام أحمد، لأنَّه هناك لم ترد شهادته لأجل الاختلاف فيه، وإنما ردت لاعتقاده استباحة ما هو محرم عليه، لأنه يستبيح ما هو معتقد تحريمه، فلهذا لو كان يعتقد تحريم النبيذ فاعتقد استباحته ولم يشربه يفسق[٢]، وجرى مجرى رجل حلف على امرأته ألا تخرج إلا بإذنه وأذن من حيث لا تعلم، وخرجت كانت آثمة بذلك الخروج، وإن كان الأذن قد سبق من جهته، لأجل اعتقاده أنها قد خرجت بغير إذنه.

[**٢٢٧٤/٢٧ مسألة:** تقبل شهادة ولد الزنا على سائر الأشياء[٣].

خلافاً لمالك في قوله / : تقبل إلا في الزنا[٤]. [٣٧٧]

لأن كل من جاز قبول شهادته في القتل جاز قبول شهادته في الزنا، دليله: الصحيح النسب، ولا يلزم عليه المرأة والعبد لأنه [لا][٥] تقبل شهادتهما في القتل[٦].

---

(١) انظر: المهذب ٥/ ٦٠١-٦٠٢.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ١٧٠.

(٣) وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٤-١٣٠٥؛ والمغني ١٤/ ١٨٧-١٨٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٥٣؛ وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧٧؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢١٠.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٢٣٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١١.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: المغني ١٤/ ١٢٩، ١٨٥.

[٢٢٧٥/٢٨] **مسألة:** لا تقبل شهادة البدوي على القروي[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما][٢]: تجوز في كل شيء[٣].

وخلافاً لمالك [في قوله][٤]: لا تجوز شهادة البدوي على القروي إلا في الجراح، والقتل[٥].

لما روى أبو هريرة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية»[٦].

ولأن العادة جارية أن القروي إذا ثبت له حق فإنما يشهد أهل القرى دون أهل البدو، فإن شهد له بدوي لحقته التهم في ذلك، فيجب ألا تقبل شهادته كما لا تقبل شهادة عدو على عدوه، لأن العداوة تحمله على أن يشهد على عدوه، وكذلك قال أصحاب أبي حنيفة في رؤية الهلال إذا كانت مصحية، وهناك جماعة، فأخبر واحد منهم لم تقبل شهادته، لأن العادة أن الواحد لا ينفرد برؤيته.

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٤٩-١٥٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٣٤.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٦٢؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢١٩.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٣.

(٦) رواه أبو داود في الأقضية: باب شهادة البدوي على أهل الأمصار، (٣٦٠٢). سنن أبي داود ٣/ ٣٠٥، وابن ماجة في الأحكام: باب من لا تجوز شهادته (٢٣٦٧) سنن ابن ماجة ٢/٧٩٣، والدار قطني في الأقضية والأحكام وغير ذلك، (٥٨)، (٥٩). سنن الدارقطني ٤/ ٢١٩؛ وابن الجارود في باب ما جاء في الأحكام، (١٠٠٩). المنتقى لابن الجارود ص ٢٥٢، والحاكم في الأحكام، (٤٦/٧٠٤٨). المستدرك على الصحيحين ٤/ ١١١، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٩٠.

ولأنها شهادة من بدوي على قروي فلا تقبل، كالأعمى، والعبد.

وليس لهم أن يقولوا: إن أولئك لا تقبل شهادتهم على غير البدوي، لأن عندنا تقبل[١].

[٢٢٧٦/٢٩] **مسألة:** إذا شهد صبي، أو عبد، أو كافر بحق، فلم يسمع الحاكم، ثم بلغ الصبي، وعتق العبد، وأسلم الكافر، فأعادوا تلك الشهادة قبلت[٢].

خلافاً لمالك، والثانية: لا تقبل[٣].

لأن هؤلاء إذا شهدوا فإن الحاكم لا يسمع شهادتهم ثم يردها، بل لا يسمعها، فإذا سمعها كان منكراً لها، وإن أعادوا الشهادة بعد كمال حالهم كانت شهادة مستأنفة فقبلت، ويفارق هذا: الفاسق إذا ردت شهادته، ثم تاب أنه لا تقبل، لأن الحاكم يسمع شهادة ثم يردها عند ظهور فسقه، فإذا أعادها بعد ذلك لم يحكم بها، لأنها شهادة مردودة، ولأن الفاسق إنما ردت شهادته بسبب يلحقه فيه نقص وعار، وصلاح حاله بعد ذلك أمر يفعله باختياره، فلحقته التهمة عند ظهور القضاء له بالعدالة في أنه قصد أن يزيل عنه ما يلحقه من النقص، فلهذا لم تقبل شهادته، والصبي، والعبد لم ترد شهادتهما بسبب يلحقهما فيه نقص، وليس

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٤٩.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية، والشافعية. انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٦٣-٢٦٤؛ والمغني ١٤/ ١٩٦؛ وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧٩؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢١٣.

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٢٣٧؛ والمغني ١٤/ ١٩٦.

(البلوغ والحرية)[١] يتعلق باختيارهما، فلم تحلقهما تهمة عند إعادة الشهادة فقبلت، كذلك الكافر لا نقص عليه في كفره، لأنه يدين به، والفاسق عليه نقص، لأنه لا يدين به[٢].

[٢٢٧٧/٣٠] **مسألة:** الشهادة على الشهادة جائزة[٣].

خلافاً لداود[٤].

لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[٥].

ولأن الحاجة إلى الشهادة على الشهادة كالحاجة إلى أصل الحق، لأن شاهدي الأصل يغيب ويموت، وقد يمنع من الحقوق ما لابد فيه / من الشهادة على [٣٧٨] الشهادة، كالأحباس[٦] كلها، فإنها تتباقى على الدوام، فإذا لم تقبل الشهادة على الشهادة بطلت.

[٢٢٧٨/٣١] **مسألة:** ولا تصح الشهادة على الشهادة إلا أن يسترعيه شاهد الأصل فيقول لشاهد الفرع: اشهد أن فلاناً أقر لفلان بكذا وكذا، واشهد على

---

(١) كلمتان لم تتضحا من المخطوط من جراء رطوبة أصابته، ولعلها ما أثبت. انظر: المغني ١٤/ ١٩٦.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ١٩٦.

(٣) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٦-١٣٠٧؛ والمغني ١٤/ ١٩٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٦١؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٦؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢١٩.

(٤) مذهب الظاهرية في هذه المسألة وجوب قبول الشهادة على الشهادة. انظر: المحلى ١٠/ ٦٤٨.

(٥) البقرة «٢٨٢».

(٦) المراد بالأحباس: الوقف.

[شهادتي] [1]. فإذا لم يقل اشهد على شهادتي وهو الاسترعاء لم يصر شاهد فرع متحملاً للشهادة، وكذلك إن شهد شاهد الأصل بالحق وعزاه إلى سبب وجوبه فيقول: اشهد أن لفلان على فلان ألف درهم من ثمن جارية أو نحوها. صار لسماع ذلك متحملاً [2].

[خلافاً للشافعية] [3].

لأنه لم يوجد بالاسترعاء من شهود الأصل، فلم تصح شهادته عليها كما لو سمعاه يشهد بذلك من غير حاكم، ولا عزاه إلى سبب، أو نقول: لم يوجد من شهود الأصل إشهاد، أشبه ما ذكرنا.

ولامعنى لقولهم: إذا لم يشهدا عند الحاكم، ولا عزياه إلى سبب لم يصح لوجهين، أحدهما: أن قوله «اشهد أن فلاناً أقر لفلان بكذا» ينقسم إلى حقيقة الشهادة وإلى العلم بذلك فيما لا يشهد به، فإنه قد يعلم بالحق ولا يسوغ له أن يشهد به، مثل: أن يستفيض في الناس أن لفلان على فلان كذا، فهو يعلم ذلك ولا يسوغ أن يشهد به فإذا احتمل لم يصر متحملاً، وإذا شهد به عند الحاكم أو عزاه إلى سبب زال الاحتمال.

والثاني: أن قوله: «اشهد أن لفلان على فلان» يحتمل حقيقة الشهادة، ويحتمل أن يكون قال هذا على وعد من فلان لفلان بكذا فإذا احتمل الوعد وغيره

---

(١) في المخطوط (شاهدي). وما أثبته هو الصحيح.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/٢٠٣-٢٠٤؛ وشرح الزركشي ٧/٣٦٣-٣٦٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٤؛ والذخيرة ١٠/ ٢٩١.

(٣) ساقط من المخطوط. انظر: الحاوي الكبير ١٧/ ٢٢٣-٢٢٤.

لم تصح الشهادة، فإذا عزاه أو شهد به عند حاكم زال الاحتمال، وذلك أن قولهم: إن لفظة أشهد محتمله. لا يصح، لأنها صريح في إقامة الشهادة من غير احتمال فيها، ألا ترىٰ أن الحاكم إذا سمعها يحكم بها وذلك أن الحاكم فيما يسمعه لا يكون آكد من حالة الحكم، بل حالة الحكم آكد، لأن الحاكم لا يرجع في حكمه، والشاهد يرجع في شهادته، فلو كان محتملاً كان له الحكم بها.

ولأن هذا الاحتمال يزول إذا قال: اشهد عند الحاكم أن لفلان علىٰ فلان كذا. لأنه قد صرح أنه أراد نفس الشهادة، وعندهم لا يصح متحملاً لذلك[1].

ولأنه لو جاز أن يقال: إن اللفظ المطلق محتمل، وأنه إذا عزاه إلىٰ سبب فهو محتمل أيضاً، وذلك أنه إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن مبيع. محتمل أن يكون من ثمن مبيع فاسد عند شهود الفرع، وإن كان صحيحاً عند شهود الأصل، وكان يجب أن يسترعىٰ فيه صحة البيع.

ولأنه لو جاز أن يقال: يشهد بتحمل الوعد. لوجب إذا أقر عند الحاكم لجواز [أن] [2] يستفسره هل أردت ثبوت الحق في الحال، أو الوعد، ولما كان إطلاق هذا اللفظ يقتضي الإيعاد، كذلك يقال [في][3] الشهادة، فإذا امتنع أن يكون ما ذكروه من الاحتمال / علىٰ أن العلة في الامتناع من الشهادة معنىً آخر، وهو أن الشهادة [٣٧٩] لا تورث حكماً بنفسها ما لم ينضم إليها غيرها، وهو استرعاء شهود الأصل.

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٧/ ٢٢٤.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

لشهود الفرع، فيكون ذلك أمراً منهم بالشهادة، ألاترىٰ أنهم إذا شهدوا بها عند الحاكم لم يثبت حكمها ما لم ينضم إليها حكم الحاكم، فجرت في هذا المجرىٰ الهبة قبل القبض لا يثبت حمكها، وإذا انضم إليها قبض ثبت حكمها[١].

[٢٢٧٩/٣٢] **مسألة:** لا تقبل الشهادة علىٰ الشهادة في كل حد لله تعالىٰ، كالزنا، والسرقة، وشرب الخمر[٢].

خلافاً لمالك، وأحد قولي الشافعي[٣].

لأن الحدود بني أمرها علىٰ التخفيف، وترك الاستكشاف لها، وعلىٰ الشهود التغطية والكتمان، والشهادة تراد للإظهار، والشهرة، والإعلان، فلا يعتبر الإظهار فيما طريقه الكتمان[٤].

ولأن هذه الحدود تسقط بالشبهة[٥].

ولأنه لا حاجة بالناس إلىٰ الشهادة علىٰ الشهادة في هذه الحدود، فلا معنىٰ

---

(١) انظر: المغني ٨/ ٢٣٩.

(٢) وبه قال الحنفية انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٠٦؛ والمغني ١٤/ ١٩٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٦١؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣٦١.

(٣) الصحيح عند الشافعية قبول الشهادة علىٰ الشهادة في حدود الله عز وجل إذا كان حقاً للمكلف كالقذف والقصاص وما سوىٰ ذلك مما هو حق لله عز وجل كالزنا فلا تقبل فيه الشهادة علىٰ الشهادة. انظر: التفريع لابن الجلاب المالكي ٢/ ٢٤٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٦؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٢.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ١٩٩.

(٥) انظر: المرجع السابق.

لسماعها عليها[١].

[٢٢٨٠/٣٣] **مسألة:** فأما القصاص وحد القذف فتقبل فيه الشهادة على الشهادة[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا تقبل[٣].

لأنه حق لآدمي، فوجب أن يثبت بالشهادة على الشهادة، قياساً على الديون، والنكاح، والقصاص، والرجعة. وقد نص على قبولها[٤] في الطلاق.

ولأن بالناس حاجة إلى الشهادة على الشهادة في القصاص، كما أن بهم حاجة إليها في سائر الحقوق، فوجب أن يكونا سواء، ولا يلزم عليه حقوق الله تعالى، لأنهم لا حاجة بهم إلى إثباتها.

ولأن القصاص لا يسقط بالرجوع، وكذلك حد القذف[٥]، أشبه سائر الحقوق، ولا يلزم عليه حدود الله تعالى أنها تسقط بالرجوع[٦].

[٢٢٨١/٣٤] **مسألة:** لا تقبل شهادة رجل وامرأتين على شهادة رجلين، ولا يكون شهود الفرع إلا رجالاً[٧].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ١٩٩.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٢٠٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٦١-٣٦٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٦؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٢٠-٢٢١.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٤٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٣؛ والمغني ١٤/ ٢٠٠.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٢٠٠.

(٥) انظر: المرجع السابق

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٢٠٤-٢٠٥؛ وشرح

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تقبل شهادة رجل وامرأتين على رجلين[1].

لأنها شهادة على شهادة، فوجب ألا يقبل فيها النساء، كالقصاص.

ولأن شهود الفرع يثبتون شهادة شهود الأصل دون الحق وذلك ليس بمال ولا المقصود منها المال، فلا تقبل فيها شهادة النساء على الإفراد[2].

ولا تثبت بشهادة رجل وامرأتين، أصله القصاص، وحد القذف.

ولا يلزم عليه الشهادة بالغصب والقرض، لأن ذلك شهادة بمال.

ولا يلزم عليه الشهادة بالبيع، والوصية، والوكالة، والإقرار، لأن المقصود منها المال.

ولايلزم عليه الشهادة على الولادة، والرضاع، لأن ذلك مما يقبل ويثبت بقول النساء / فيها منفردات. [٣٨٠]

[٢٢٨٢/٣٥] **مسألة:** لا تقبل شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين[3].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: تقبل[4].

لأن الشاهد والمرأتين بينة ضعيفة، وشهود الفرع بينة ضعيفة أيضاً بدليل:

الزركشي ٧/ ٣٦٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٧؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٢٦.

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٦٢.

(٢)انظر: المغني: ١٤/ ٢٠٥.

(٣) وهو أحد القولين للشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٢٠٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٦٥؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٣٣.

(٤) منهم الحنفية، وأحد القولين للشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة. انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٦٢؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٣٣؛ والمغني ١٤/ ٢٠٥.

أنهما لا تثبت بها الحدود، ولا تسمع مع وجود شهود الأصل[(١)]، فلم يثبت الأضعف بالأضعف، ما لم يثبت الحق بامرأتين ويمين، لأن كل واحد منهما حجة ضعيفة، وكذلك لم يثبت بشهادة أربع نسوة.

ولأنه لما لم يجز أن يكون شهود الفرع رجلاً وامرأتين، كذلك شهود الأصل، لأنها أحد طرفي الشهادة.

[٢٢٨٣/٣٦] **مسألة:** إذا شهد علىٰ شهادة كل شاهد أصل شاهد واحد من شهود الفرع قبل[(٢)].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا تقبل حتىٰ يجتمع علىٰ شهادة كل واحد منهم شاهدان في قول أبي حنيفة، أو أربعة علىٰ أحد قولي الشافعي[(٣)].

لأن شهادة شاهد الأصل تجري مجرىٰ الإقرار من رجل واحد، ولا تجري مجرىٰ الإقرار من رجلين، لأنها لو جرت مجرىٰ إقرار من رجلين لجاز شهادة واحد من شهود الأصل[(٤)].

ولأن شهادتهما لو كانت [تجري][(٥)] مجرىٰ، إقرارين من رجلين وأنهما

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٢٠٥.

(٢) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٦٥-٢٦٦؛ والمغني ١٤/ ٢٠٥-٢٠٧.

(٣) مذهب المالكية أنه لا يصح أن يشهد الواحد منهما علىٰ شهادة واحد من الشاهدين الأولين. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٤٤؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٣١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٦٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢١٦-٢١٧.

(٤) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٦٦.

(٥) ساقط من المخطوط.

يشهدان بحق واحد فلا يعتبر العدد في كل واحد منهما، ألا ترىٰ: أن رجلاً لو أقر يوم الخميس عند أحد الشاهدين بدرهم، وأقر يوم الجمعة بذلك الدرهم عند شاهد آخر تثبت الشهادة وإن لم يجتمع علىٰ كل واحد منهما شاهدان، ولو جاز الإقرار من الثاني بدينار لم تصح شهادتهما مع غيره علىٰ شاهد من شهود الأصل، كما جازت شهادته علىٰ إقرار المقر، ولما لم يجز علم أنهما بمجموعهما يجريان مجرىٰ إقرار واحد من رجل واحد تكرر منه الإقرار، ويجزي في الإقرار الواحد شاهدان، كذلك هاهنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا شهد أحدهما علىٰ شهادة نفسه كان أصلاً في هذه الشهادة، فإذا شهد مع غيره علىٰ شهادة صاحبه صار بدلاً، ولا يجوز أن يكون الواحد بدلاً ولا مبدلاً في شهادة، لأنه إنما لا يجوز ذلك إذا كان أصلاً من حيث كان فرعاً، أو كان فرعاً من حيث كان أصلاً، فأما إذا كان أصلاً في شيء وفرعاً في غيره فإنه جائز ألا ترىٰ أن الكلب فرع للخنزير في النجاسة، لأن الله تعالىٰ نص علىٰ نجاسة الخنزير في القرآن بقوله: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا﴾ [١] وهو أصل للخنزير في عدد الغسلات، لأن الكلب منصوص عليه في ذلك.

ولأن شهود الفرع (ينقلون)[٢] بشهادتهم إلىٰ الحاكم ما ليس بحق علىٰ أحد، فلم يعتبر العدد فيمن ينقلون عنه / ، دليله: أخبار الديانات، يبين صحة هذا: أن [٣٨١] من ادعىٰ أن له قبل فلان شهادة، فأنكر فلم يعد عليه الحاكم ولم يحضره،

(١) الأنعام «١٤٥».

(٢) في المخطوط: (يتلقون).

كالإخبار[(١)].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لو كان جارياً مجرىٰ الخبر لجاز أن تقبل شهادة شاهد واحد من شهود الفرع علىٰ شهادة شاهدي الأصل، كما يقبل خبر الواحد عن اثنين. لأنه خبر ما نقل عن أحمد أنه يقبل شهادة رجلين علىٰ شهادة رجلين فعلىٰ هذا لا فرق بينهما، ونقل جعفر بن محمد، والمروذي: شهادة رجل علىٰ شهادة رجلين. فعلىٰ هذا إنما لم يقبل في ذلك شاهد واحد، لأن شاهد الفرع قائم مقام شاهد الأصل، فلما لم يقبل شاهد واحد من شهود الأصل كذلك من قام مقامه.

ولامعنىٰ لقولهم: إن الأخبار لما لم يعتبر العدد في الأصل منها لم يعتبر في الفرع، والشهادة اعتبر العدد في الأصل منها فاعتبر في الفرع، وذلك أنا نعتبر العدد في الفرع، لأننا لا نقبل أقل من شاهدين، ولأنه قد ساوىٰ شهود الفرع شهود الأصل في الصفة والعدد، أشبه لو شهدا الاثنان علىٰ شهادة كل واحد منهما.

[٢٢٨٤/٣٧] **مسألة:** إذا أتلف رجل لرجل ثوبا واختلفا في قيمته، فشهد شاهدان أن قيمته ثمانية، وشهد آخران أن قيمته العشرة لزمه الأقل[(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلزمه الأكثر[(٣)].

لأن الاثنين قد اتفقا علىٰ الثمانية، وتعارضا في الزيادة، فمن شهد بالثمانية

---

(١) انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٦٦.

(٢) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: كتاب التمام ٢/ ٢٦١-٢٦٢؛ والمغني ١٤/ ٢٦٧؛ والذخيرة ١٠/ ١٧٦ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٤٨.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٨٠؛ ملتقىٰ الأبحر ١/ ١١٢.

نفي الزيادة عليها، ومن شهد بعشرة أثبتها، فإذا تعارضتا لم تثبت الزيادة، لأن الأصل براءة ذمته، ولا يلزم عليه إذا شهد اثنان أن لفلان على فلان ثمانية دراهم، وشهد آخران أن له عليه عشرة أنه يؤخذ بالزائد، لأن من شهد بالثمانية لم ينف الزيادة، لأنه يجوز أن يكون سمعها الآخر ولم يسمعها، وكذلك الإخبار إذا كان في أحدها زيادة فها هنا تعارض في القدر الزائد، لأن من شهد أن قيمته ثمانية ينفي أن تكون قيمته عشرا، فاسقطنا ما تعارضا فيه وبقي ما اتفقا عليه.

[٢٢٨٥/٣٨] **مسألة:** إذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا ضمنا[١].

خلافاً للشافعي في قولهما: لا ضمان عليهما[٢].

لأنهما أزالا بشهادتهما ملك المشهودعليه عن المال، فوجب أن يلزمهما الضمان إذا رجعا، دليله: إذا شهدا بالعتاق، ثم رجعا[٣].

ولا معنى لقولهم: إنه بالعتق قد تيقنا إتلافه، وتلف هذا غير متيقن، لأنه لوغصب / عبداً فأبق من يده ضمن للمغصوب منه، وإن لم يتيقنْ تلفه. [٣٨٢]

ولأن بشهادتهما صار سبباً في إتلاف المال على المشهود عليه، وهما متعديان في السبب فوجب أن يلزمهما الضمان، كحافر البئر، وواضع

(١) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣١٣ـ١٣١٤؛ والمغني ١٤/ ٢٤٨ـ٢٤٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٨٢و٣٨٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٥؛ والذخيرة ١٠/ ٣١٩.

(٢) هذا أحد القولين للشافعي، وأصح القولين أنه يلزمهما الضمان. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٣؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٧٤.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٢٤٩.

الحجر[١]، وهما سواء، لأن سبب الإتلاف وجد من جهتهما، كما وجد من الحافر، ولا فرق بينهما.

[٢٢٨٦/٣٩] **مسألة:** إذا شهد شاهدان بالطلاق، فحكم الحاكم بشهادتهما، ثم رجعا، فإن كان قبل الدخول ضمنا للزوج نصف المسمى، وإن كان بعد الدخول لم يضمنا شيئا[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: إن كان بعد الدخول ضمنا مهر المثل، وإن [كان][٣] قبل فعلى قولين أحدهما: نصف مهر المثل، والثاني: جميعه[٤].

لأن إتلاف البضع على الزوج لا يوجب على المتلف مهر المثل، دليله: إذا ارتدت الزوجة، أو قتلها أجنبي[٥].

ولا معنى لقولهم: لا يمتنع ألا يجب ضمانه عليها وعلى قاتلها، ويجب على غيرهما، كما لايجب ضمان المبيع على البائع إذا أتلفه قبل قبضه، وتجب قيمته على غيره إذا أتلفه، لأنَّه عندنا تجب قيمة المبيع على البائع بالإتلاف، ويجب على غيره، لأن من أصلنا أن العقد لا يبطل في الوضعين وإنما يبطل إذا كان الهلاك بأمر سماوي.

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٢٤٩.

(٢)وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ٢٤٩-٢٥٠؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٨١٧؛ وملتقى الأبحر ٢/ ٩٦ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٣١.

(٣) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٣؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٧٢.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٠.

ولا معنىٰ لقولهم: لو قلنا يرجع عليها بردتها، أو قتل نفسها لصارت في معنىٰ الموهوبة وجاز الوطء من [غير][(١)] المهر، لأن هذا غير ممتنع، كالعبد إذا زوج [السيد][(٢)] عبده من أمته، ونكاح النبي ﷺ، وإذا وهبت صداقها لزوجها، وإذا ارتدت قبل الدخول سقط مهرها.

[٢٢٨٧/٤٠] **مسألة:** إذا شهدوا علىٰ رجل بحق، فأقام المشهود عليه بينته أنهم فساق (قبلت بينة)[(٣)] المشهود عليه علىٰ الجرح إذا أثبتوه للحاكم[(٤)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلتفت الحاكم إلىٰ ذلك في السر ويزكيهم في العلانية، ثم يحكم بشهادتهم إلا أن يشهدوا علىٰ إقرار الشاهد أنه شريك، أو أن المدعىٰ وكله في شيء خاصمه فيه، أو علىٰ إقراره أنه محدود في قذف، حده قاضي كذا وكذا[(٥)].

لأن الفسق يمنع من قبول الشهادة، فجاز للمشهود عليه إقامة البينة، كالرق، والكفر وعلىٰ إقراره أنه شريك، أو وكيل، أو محدود في قذف.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لا يحتاج إلىٰ إقامة البينة علىٰ الرق، لأن الناس أحرار إلا في أربعة: الشهادة، والعقل، والقصاص، والحد، لأنا لا نسلم هذا / بل [٣٨٣] الناس أحرار في جميع الأشياء، لأن ظاهر الدار تدل علىٰ ذلك كما تدل علىٰ

(١) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

(٢) زيادة لم تذكر بالمخطوط يقتضيها سياق الكلام.

(٣) في المخطوط (قبل منه).

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٩-٢٦٠.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٣٩-١٤٠.

الإسلام.

ولا معنىٰ لقولهم: إن المعنىٰ في الرق، وفي الكفر أنه مما يثبتا في الخصومات ويحكم به الحاكم فيسمع عليه البينة، والفسق بخلاف ذلك، لأن الفسق مما يثبت بالخصومات، ويحكم به الحاكم إذا كان له فيه غرض وتعلق حقه به، بدليل: أنه إذا قذف زوجته، وأقام البينة علىٰ ذلك سمعت، لأن له غرضاً فيه، وهو إسقاط الحد عنه، ومعلوم أن ذلك إثبات فسق.

ولا معنىٰ لقولهم: إنما جاز إقامة البينة علىٰ إقرار الشاهد بالشركة، والوكالة، لأنه يصير حقاً للمشهود عليه فتسمع بينته، والفسق ليس بحق للمشهود عليه. لأنه إن لم يكن حقاً للمشهود عليه، فإنه معلق بحق له يجري مجرىٰ ما هو حق له.

[٢٢٨٨/٤١] **مسألة:** إذا شهد شاهدان عند الحاكم، فحكم بشهادتهما، ثم تبين أنهما كانا فاسقين نقض حكمه[1].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: لا ينقض حكمه[2].

لأنه معنىٰ في الشاهد إذا ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه من الحكم، فإذا ثبت بعد الحكم أنه كان موجوداً في حال الحكم وجب عليه نقضه، أصله الرق، والكفر، والولادة بينه وبين المشهود له، والوكالة من المشهود له إذا كان من خاصم

(١) وبه قال ابن القاسم من المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٢٥٩ـ٢٥٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٧١٩ـ٧٢٠؛ والذخيرة ١٠/ ١٤٢.

(٢) المذهب عند الشافعية في هذه المسألة أن الحاكم ينقض حكمه. انظر: مسعفة الحكام علىٰ الأحكام للتمرتاشي الحنفي ٢/ ٦٩٣؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٢٧٢ـ٢٧٣.

فيها، يبين صحة هذا: أن الفسق آكد في رد الشهادة من الرق، لأن رد الشهادة بالفسق ثابت بالنص[١] والإجماع[٢]، ولو حكم بشهادته ثم علم أنه كان عبداً نقض حكمه، فإذا علم أنه كان فاسقاً أولىٰ[٣].

[**٢٢٨٩/٤٢**] **مسألة:** شاهد الزور يعزر، ويوقف به في قومه فيقال: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يعزر[٥].

لما روي أن عمر بن الخطاب كتب في شاهد الزور أن يضرب ظهره، ويحلق رأسه، ويسخم وجهه، ويطاف به، ويطال حبسه[٦].

ولأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة، فوجب أن يكون فيها التأديب والتعزير قياساً علىٰ سائر المعاصي، وفيه احتراز من الظهار، لأنه يوجب كفارة.

ولأنه لو شتم مسلماً جاز تعزيره، فإذا شهد علىٰ مسلم بزور وجب أن يكون

---

(١) بقوله تعالىٰ ﴿يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبأٍ فَتَبَيَّنُوا...﴾ [الحجرات: ٦].

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٢٥٨.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣١٥؛ والمغني ١٤/ ٢٦٠-٢٦٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٨٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٢٩؛ والحاوي الكبير ١٦/ ٣١٩.

(٥) ذهب أبوحنيفة في هذه المسألة إلىٰ تشهير شاهد الزور في السوق ولا يغزر: انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٤٦؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ٩٧.

(٦) رواه عبدالرزاق في الشهادات: باب عقوبة شاهد الزور، (١٥٣٩٢). مصنف عبدالرزاق ٨/ ٣٢٦، والبيهقي في آداب القاضي: باب ما يفعل بشاهد الزور. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ١٤٢ وقد حكم علىٰ هذا الحديث بالضعف والانقطاع البيهقي. انظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ١٤٢.

أولىٰ بالتعزير والتأديب، لأن ضرر الشهادة بالزور أكبر، وهو استخفاف بالحكم، وانتهاك لحرمته، وحمل له علىٰ الحكم بما لا يجوز.

[**٢٢٩٠/٤٣**] **مسألة:**/ إذا شهد اثنان بالقبول واختلفا في الوقت، فشهد أحدهما [٣٨٤] أنه باعه أمس، وشهد الآخر أنه باعه اليوم، أو شهد أنه أقر بأنه باعه أمس، وشهد الآخر بأنه باعه اليوم، أو شهد أحدهما بأنه أقر بألف درهم لفلان أمس، وشهد الآخر أنه أقر له اليوم، فإن شهادتهما تقبل[١].

خلافاً للشافعي[٢].

لأن المشهود به معنىٰ واحد، وذلك يجوز أن يعاد مرة بعد أخرىٰ، وليس من شرط صحة ثبوته حضور شاهدين، فإذا كان كذلك لم يكن اختلافهما علىٰ الوجه اختلافاً في نفس الشهادة، فيجب أن تقبل شهادتهما، كما لو شهدا علىٰ إقرار وحكم ولم يختلفا في الوقت، فشهد أحدهما: بالفارسية، والآخر بالعربية أن شهادتهما تقبل ولا يكون ذلك اختلافاً في نفس الشهادة، ويفارق النكاح إذا اختلفا فيه، فشهد أحدهما أنه تزوجها أمس، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم أنه لا يقبل[٣]، لأن النكاح لا يصح إلا بشهود، ولم يشهد كل واحد منهما بالنكاح بشهادة أمس، وإنما شهد رجل واحد أن العقد وقع بشهادة واحد، واختلافهما في الوقت يمنع ثبوته[٤].

---

(١) وبه قال الحنفية انظر: المغني ١٤/ ٢٤٢؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٨٣-٦٨٤؛ ومختصر اختلاف العلماء ٣/ ٣٥٣.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٧٢-٢٧٣.

(٣) انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٦٨٤.

(٤) انظر: المرجع السابق.

كتاب الدعوى والبينة[١]

[٢٢٩١/١] **مسألة:** بينة الخارج أولىٰ من بينة صاحب اليد[٢][٣].

خلافاً لمالك، والشافعي، والثانية: بينة صاحب اليد أولىٰ[٤].

لأنه منكر أقام البينة علىٰ ما ينكره، وهو مما يلحقه الفسخ، فوجب ألا تقبل، كما لو ادعىٰ عليه دين، فأنكر، وأقام البينة أنها لا تقبل، ولا يلزم عليه إذا أقام علىٰ رجل أنه عبده، وأقام البينة، وأنكر المدعىٰ عليه علىٰ الحرية أن بينته تقبل وإن كان منكراً، لأنه مما لا يلحقه الفسخ، يبين صحة هذا وأنه منكر وليس بمُدَّعٍ: أن المدعي في الشريعة من عليه البينة، والذي في يده الشيء لا يكلف البينة ابتداء، بل يبدأ باليمين فعُلم أنه مدعىٰ عليه، وليس بمدعٍ، / يبين صحة هذا: أنه لو جاء إلىٰ [٣٨٥]

(١) الدعوىٰ: هي طلب الشيء زاعماً ملكه، وهي من الإدعاء. انظر: الدر النقي ٣/ ٨١٩.

وشرعاً: إضافته إلىٰ نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته. انظر: المغني ١٤/ ٢٧٥؛ والمبدع ١٠/ ١٤٥.

والبينة: جمعها بينات: صفة لمحذوف: أي الدلالة البينة، أو العلامة، فإذا قيل له بينة: أي علامة واضحة علىٰ صدقه. انظر: الدرالنقي ٣/ ٨١٩.

(٢) توضيح هذه المسألة: أن من ادعىٰ شيئاً في يد غيره، ولكل واحد منهما بينة، فإن بينة المدعي تسمىٰ بينة الخارج، وبينة المدعىٰ عليه الذي في يده الشيء تسمىٰ بينة الداخل. انظر: المغني ١٤/ ٢٧٩.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٠-١٣٢١؛ والمغني ١٤/ ٢٧٩-٢٨٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٩٩-٤٠٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٩١.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٢٤٢؛ التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٢؛ وحلية العلماء ٨/ ١٩٠-١٩١؛ والمقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢١.

الحاكم فقال : أدعي أن الدار التي في يدي هي لي . لم يسمع الحاكم منه الدعوىٰ، فلو كان شرعياً سمع منه .

ولا معنىٰ لقولهم : إنما لم تقبل البينة هناك، لأنه لا سبيل للشاهدين إلىٰ معرفة النفي الذي يشهدا به، وها هنا يشهدان بملك المدعي، فلهم طريق إلىٰ معرفة ذلك، لأن له سبيلاً إلىٰ معرفة ذلك، وهو إذا كانت الدعوىٰ ثمن مبيع، فأنكره، وأقام البينة علىٰ ذلك أن للشاهد سبيلاً إلىٰ معرفة ذلك، بأن شاهده قد أبرأه من الثمن، أو أقبضه إياه، فإن هذه سبيل إلىٰ معرفة ذلك، وكان يجب أن يقبل، وعلىٰ أنه لا سبيل للشاهد إلىٰ معرفة الملك باليد، لأن اليد قد تكون يدَ أمانةٍ، ويداً غاصبةً، ويداً مالكةً ، ومع هذا لا يجوز أن يشهد بالملك لأجل اليد[1]، وإن لم يكن له سبيل إلىٰ معرفة ذلك، فامتنع أن تكون العلة في النفي ما ذكروه، وعلم أن العلة ما ذكرنا، وهو أنه منكر، وليس لهم أن يمتنعوا من الشهادة بالملك لأجل اليد، لأنه لا طريق إلىٰ إثبات الأملاك إلا ثبوت اليد[2]، لأنه لا طريق إلىٰ معاينة الملك، لأنه إن كان الملك عقداً، أو إذناً، أو سبباً فإنما يعلم من جهة الظاهر، لجواز أن يكون البائع غير مالك، أو الميت لم يكن مالكاً له، أو يكون المسبي من دار الحرب ملكاً لمسلم أو لذمي، ولذلك فإنَّ من استقىٰ ماء من دجله، أو أخذ طيراً من الصحراء يجوز أن يكون مستأجراً في ذلك .

---

(١) انظر : المغني ١٤/ ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٢) انظر : المغني ١٤/ ١٤٣ ، ١٤٤ .

[٢٢٩٢/٢] **مسألة:** وبينة الخارج مقدمة في جميع الأشياء[١].

خلافاً لأبي حنيفـــة، والثانية: هي أولىٰ إلا في النتاج وما في معناه من النساج الذي لا يتكرر [نسجـه][٢]، كالثـوب: القطن، والكتان والإبرسم وأنه نسج في ملكه، فأما إن كان معنىٰ يتكرر، مثل: أن يقول: هذا الثوب له، نسج في ملكه، وكان خزاً يصح تكرار نسجه، ومثل: أن يشهد أن هذه الدار له قطيعة، ونحو ذلك، ولا يرجح به[٣].

لما تقدم من أنه منكر أقام البينة علىٰ ما ينكره، وهو مما يلحقه الفسخ، فلا تقبل، كما لو كان الداخل يدعىٰ ملكاً مطلقاً.

ولا معنىٰ لقولهم: إن بينته شهدت بمعنىٰ يشهد له الظاهر، وهو اليد، / فلهذا [٣٨٦] لم يحكم له بها، كبينة المنكر في دعوىٰ الدين، وها هنا شهدت بما لا يشهد له الظاهر، لأن اليد لا تدل علىٰ النتاج والنساج، لأن كونه مما يشهد له الظاهر لا يمتنع من قبول الشهادة، كما لو شهد له شاهدان بحق فقبل أن يحكم بشهادتهما شهد آخران بذلك الحق، فإن الحاكم يحكم بشهادة الجميع، وإن كانت البينة قد شهدت بما شهد له الظاهر، وهو شهادة الشاهدين الأولين، وكذلك إذا كان في الحادة دليلان جاز الاحتجاج بالثاني، وإن كان الظاهر يشهد له، وهو يقدم الدليل

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٠-١٣٢١؛ والمغني ١٤/ ٢٧٩-٢٨٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٩٩-٤٠٠.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٥٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٩١-١٩٢؛ والمغني ١٤/ ٢٧٩-٢٨٠.

الأول.

فأما البينة على الإنكار في دعوى الدين فلم يثبت بما ذكروه غير أن الظاهر يشهد لهما [ ][١]، لأنها بينة من منكر.

ولا معنى لقولهم: إن بينته تفيد ما تفيد يده، لأنه يده تدل على الملك، وبينته كذلك، وها هنا بينته تفيد أكثر مما تفيده يده، لأن بينته تفيد ما لا تفيده اليد، بدليل: أن اليد لو تجردت عن بينة كان القول قوله مع يمينه، ولو أقام الداخل البينة لم يستحلف[٢]، وحكم له بها، فقد أفاد مال لم تفده يده.

[٢٢٩٣/٣] **مسألة:** إذا أقام كل واحد بينة، وكانت إحدى البينتين أشهر عدالة من الأخرى وأظهر لم يرجح بذلك[٣].

خلافاً لمالك في قوله: يقدم من اشتهرت عدالته، كما يقدم أحد الخبرين على الآخر[٤].

لأن الأصل في الشهادة العدد والصفة تابعة له، لأنه لا يبحث عن عدالة الشهود إلا بعد ثبوت عددهم، فلما لم يقدم أكثر البينتين على الأخرى بكثرة العدد، فبأن لا يقدم عليها بزيادة الصفة أولى، ويفارق الأخبار، لأنه لما قدم أحد

---

(١) بياض بالمخطوط مقداره كلمة وقد يكون هذا البياض ترك عمداً من غير نقص في الكلام.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٢٨١.

(٣) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٢٨٧-٢٨٨؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٣/ ٦٦٢-٦٦٣؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٣٠٦.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٢٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٣٧.

الخبرين على الآخر بكثرة عدد الرواة قدم عليه زيادة الصفة[١].

[٢٢٩٤/٤] **مسألة:** إذا ادعيا داراً في يد رجل، وأقاما البينة تعارضت البينتان، وسقطتا[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد أقوال الشافعي، والثانية: لا تسقط ويقضى بالشيء بينهما[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله الآخر: يقرع بين البينتين فأيهما خرجت القرعة عليها قضى بها[٤]. [٥]

لأنهما بينتان متعارضتان، وليس مع أحدهما يد، ولا زيادة، فوجب أن يسقطا، / أصله: إذا ادعيا نكاح امرأة، فأقاما البينة، وليست في يد واحد منهما، [٣٨٧] أنهما يتعارضان ويسقطان، وكذلك إذا كانت دار في يدي رجل، فادعى آخر أنه اشتراها من الذي في يده، وادعى الذي في يده أنه اشتراها من الخارج وأقاما البينة، أنهما يسقطان، وتبقى الدار في يد من هي في يده، وكذلك لو شهد اثنان

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٢٨٨.

(٢) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢١؛ والمغني ١٤/ ٢٩٣-٢٩٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٠٣-٤٠٤.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٨٨؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٢-٢٦٣؛ والمغني ١٤/ ٢٩٤.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٣.

(٥) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه يقسم بينهما بعد أيمانهما. ولم ينص المالكية على سقوط البينتين. انظر: التفريع ٢/ ٢٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٣.

أنه قتل ولياً له يوم النحر بمكه، وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة، أن البينتين تتهاويان[١]، ولا يلزم عليه إذا كان لأحدهما بينة يد، أن بينة الخارج لا تسقط لقولنا: «وليس مع أحدهما يد»، ولا يلزم عليه إذا شهدت إحداهما بالكفر والأخرىٰ بالإسلام، أو شهدت إحداهما بالرق، والآخرىٰ بالحرية، وكان له أصل دين، فإن بينة الإسلام والحرية لا تسقط وتقدم، لأن فيها زيادة العلم بما خفي علىٰ الأخرىٰ، ولايلزم عليه إذا ادعىٰ كل واحد منهما أن فلاناً أوصىٰ له بثلث ماله وأقاما البينة عليه أن الثلث بينهما، وكذلك إذا ادعىٰ كل واحد منهما أن هذه الدار في يده وأقاما البينة، أو لم يقيما أنها تجعل في أيديهما[٢]، وكالأخوين يكون المال بينهما، وكالغريمين إذا أقاما البينة علىٰ الدين يقسم مال الميت بينهما، لأنا قلنا: بينتان متعارضتان. ولا تعارض في سبب الاستحقاق المشهود به للآخر، لأن كل واحدة من البينتين تثبت ثلثاً غير الثلث الذي بينته الأخرىٰ، لأنه يجوز أن يوصي بالثلث لأحدهما، ثم يوصي بالثلث لآخر، ويوصي بالدار لأحدهما، ثم يوصي بها لآخر فيجتمع فيهما الوصيتان، وكذلك لا يمتنع اجتماع الغريمين، وثبوت البينتين، واجتماع الأخوين، واجتماع اليدين بأن يكونا ساكنين فيها، وسبب، الاستحقاق ها هنا متنافٍ لأنه لا يجوز اجتماع الملك لكل واحد منهما.

ولا معنىٰ لقولهم: النكاح لا يتبعض، فلهذا لم يثبت، وغيره يتبعض. لأنه يبطل به إذا كانت الدار في يد رجل فادعىٰ آخر أنه اشتراها من الذي في يده وادعىٰ

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٢٣٩.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٤/ ٢٨٥.

الذي في يده أنه اشتراها من الخارج، وأقاما البينة، أنهما يسقطان عندهم، وتبقىٰ في يد من هي في يده، وإن كانت / الدار مما يتبعض، وعلىٰ أن الشهادة لم تصح [٣٨٨] هناك للتعارض لا لما قالوه من عدم التبعيض فدل عليه أنه لو شهد شاهدان بأن هذه المرأة زوجة لأحد هذين الرجلين لم تصح الشهادة، وإن لم يكن هنا تبعيض لكن لما حصل التعارض بين الرجلين المدعيين أبطلناه، كما نبطله إذا شهد لكل واحد منهما بالزوجية[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إذا شهد اثنان أنه قتل ولياً له يوم النحر بمكة، وشهد الآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة إن البينتين تسقط، لأن القتل طريقة إثباته المعاينة، ويستحيل أن يعاينه أحد الفريقين بمكة والآخر بالكوفة في ذلك اليوم، وليس كذلك الأملاك، لأنه ليس طريق إثباتها، والشهادة عليها معاينة الملك، لأن الملك لا يعاين، وإنما طريقه ثبوت اليد علىٰ الشيء وظهور التصرف فيه، ويجوز أن يكون شهود أحدهما رأوا الشيء في يده في وقت يتصرف فيه تصرف الملاك فغلب في ظنهم أنه ملك، فشهدوا، ولهم أن يشهدوا ولا يكونوا كاذبين، وكذلك رأوا شهود الآخر في يده في وقت آخر يتصرف فيه تصرف الملاك فغلب أيضاً في ظنهم أنه ملك، فشهدوا له، ولهم أن يشهدوا ولا يكونوا كاذبين، وذلك أنهما لو نطقا باليد، فقالا: كانت في (يد)[٢] زيد إلىٰ أن خرجت إلىٰ يد فلان وقال الآخران: كانت في يد عمرو إلىٰ أن خرجت إلىٰ يد فلان كان ذلك متعارضاً،

---

(١) انظر: المرجع السابق ١٤/ ٣٠٢.

(٢) ساقط من المخطوط.

ومع هذا فإنه يقسم بينهما عندكم، فلا معنىٰ لما ذكرت من الاحتمال، وعلىٰ أن الذي شهد أنه هو الملك دون التصرف، وهو متعارض، لأن الشيء الواحد لا يجوز أن يكون جميعه ملكاً لأحدهما ويكون جميعه في تلك الحال ملكاً للآخر، والاعتبار بما نطقا به في شهادتهما.

ولأن البينة حجة في الشرع، والحجتان إذا تعارضتا ولم يك لأحدهم مزية علىٰ الأخرىٰ كان حظهما السقوط[1] كالقضيتين والقياسين إذا تعارضا، ولا يلزم عليه دعوىٰ الوصية، ودعوىٰ اليد، لأنه ليس هناك تعارض من الوجه الذي بينا.

ولأن البينتين [عند][2] تعارضهما أوقعتا شكاً في عين المالك، فكان حظهما الإسقاط، كما لو شهد شاهدان أن هذه الدار لأحد / هذين الرجلين، ولا يلزم [٣٨٩] عليه دعوىٰ الوصية، ودعوىٰ اليد، لأنها لا توقع شكاً في عين المالك من الوجه الذي بينا.

ولأن جعل الدار بينهما نصفين حكم بخلاف موجب الشهادتين، فوجب ألا يصح، أصله: إذا حكم بها لثالث، ولا يلزم عليه دعوىٰ الوصية، ودعوي اليد لما بينا.

[**٥/٢٢٩٥**] **مسألة**: إذا ادعيا نفسان شيئاً في يد غيرهما، ولا بينة لواحد منهما، فأقر به لأحدهما لابعينه أقرع بينهما، فمن وقعت عليه القرعة دفع إليه،

(١) انظر: المغني ١٤/ ٢٩٤.

(٢) في المخطوط (عهد) وما أثبت هو الصحيح.

ويحلف مع القرعة[١].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يقرع بينهما، ويوقف الأمر حتىٰ ينكشف المستحق، أو يصطلحا[٢].

لما روىٰ أبوبكر بإسناده عن أبي هريرة أن رجلين ادعيا دابة ولم يكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين، أحبا أو كرها»[٣]. ولا يمكن حمله علىٰ أن الدابة كانت في أيديهما، لأنه لو كان كذلك لم يستهما علىٰ اليمين، لأن اليمين تتوجه علىٰ كل واحد منهما لإسقاط دعوىٰ صاحبه.

ولأنَّه بإقراره لأحدهما لا بعينه قد ثبت الحق لأحدهما وأشكل علينا، ومن ثبت له حق من بين جماعة أقرع بينهم كما قلنا فيه: إذا أعتق عبيده في مرضه، ولا مال له غيرهم، فإن حق الحرية ثبت لبعضهم، وهو قدر الثلث، وكذلك إذا حضر سفر، فأراد السفر ببعض نسائه فالحق لواحدة، ويقرع بينهن، وكذلك إذا عدّل القاسم السهمان بين الشريكين، فإنه يقرع بينهما، كذلك هاهنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لا حق لواحد منهما، كما لو شهد شاهدان لأحدهما لا

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٢؛ والمغني ١٤/ ٢٩٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٠٧.

(٢)منهم الشافعي، وأبوثور. انظر: حلية العلماء ٨/ ١٨٨-١٨٩؛ والمغني ١٤/ ٢٩٤.

(٣) رواه أبوداود في الأقضية: باب الرجلين يدعيان شيئاً وليست لهما بينة (٣٦١٦). سنن أبي داود ٣/ ٣٠٩، وابن ماجة في الأحكام: باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة، (٢٣٢٩). سنن ابن ماجة ٢/ ٧٨٠، والدارقطني في الأقضية والأحكام وغير ذلك (٢٧). سنن الدارقطني ٤/ ٢١١، والبيهقي في الدعوىٰ والبينات: باب المتداعيين يتنازعان المال وما يتنازعان فيه في أيديهما معاً. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٢٥٥، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٨/ ٢٧٨.

بعينه، لأن الشهادة لا تصح بالمجهول، ولا لمجهول، والإقرار يصح بالمجهول، فيقول: لزيد عندي شيء ولمجهول. فيقول: لأحد هذين عندي مائة درهم. فإن لهما أن يلزمانه تعيين أحدهما[(١)].

ولا معنى لقولهم: إنّه هناك حصل الحق لأحدهما لا بعنيه، فبالقرعة يتبين من هو أحق، فلا يفضي إلى أن يعدل بالحق عن مستحقه، وليس كذلك هاهنا، لأن الحق لأحدهما بعينه في الباطن، فلو أقرعنا بينهما أفضى إلى أن يتحول الحق إلى غير / مستحقه، لأنه لو قال: إن [٣٩٠] كان هذا الطائر غراباً فسالم حر، وإن[(٢)] لم يكن غراباً فغانم حر. وغاب، فإنه يقرع بينهما، وإن علمنا أن أحدهما حر في الباطن، وكذلك لو قال: سالم حر إن اختار فلان، وغانم حر إن لم يختر، ومات فلان قبل العلم باختياره وعدمه، أنه يقرع بينهما، كذلك ها هنا.

[**٢٢٩٦/٦**] **مسألة:** إذا ادعى رجلان داراً في يد رجل، فأقام أحدهما البينة أنها له منذ سنتين، وأقام[(٣)] الآخر البينة أنها له منذ سنة كان صاحب السنتين أولى[(٤)].

---

(١) انظر: المغني ٧/ ٣٠٣.

(٢) في المخطوط (وإن وإن) وهذا تكرار من الناسخ.

(٣) في المخطوط (فأقام فأقام) وهذا تكرار وقع سهواً من الناسخ.

(٤) وبه قال الحنفية، وأشهب من المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٢٨٧؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٦٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٩٠؛ والذخيرة ١١/ ٢٥.

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: هما سواء ويتعارضان[١].

لأن صاحب السنتين أقام البينة على إثبات الملك منذ سنتين، وأنه لا يستحق عليه في السنتين إلا من جهته، وصاحب السنة لم يقم البينة على استحقاقه من جهته، فلا تقبل بينته، ويكون صاحب الوقت المتقدم أولى، وهذا كما لو ادعيا دابة في يد غيرهما ادعى أحدهما النتاج، والآخر الملك المطلق، وأقاما البينة، أن صاحب النتاج أولى[٢]، فإن منعوا الأصل فالاستدلال مستقل بنفسه.

ولا معنى لقولهم: إن صاحب النتاج أقام البينة على أنه أول مالك، وصاحب السنة يجوز أن يكون قد ملكه قبل الوقت المقدم لأن سنة لا تنفي ملكه فيما مضى من الزمان. لأن توقيته الملك بالسنة يدل على نفيه قبل ذلك، لأنه لو كان ملكه قبل سنه لما وقته بالسنة.

ولا معنى لقولهم: إنه هناك أقام البينة على الملك وعلى سنتيه، وها هنا أقام البينة على ملك مطلق دون سبب الملك. لأن من شهد بالسنتين قد شهد بمعنى سابق يقتضي انتقال الملك عنه، والبينة الأخرى لم تثبت ذلك المعنى.

[٢٢٩٧/٧] **مسألة**: إذا ادعى على امرأة أنها زوجته لم يسمع الحاكم دعواه حتى يذكر الشرائط التي لا يصح النكاح إلا بها، وهو أن يقول: تزوجها بولي وشاهدي عدل، ورضاها إن كانت ثيباً[٣].

---

(١) الصحيح من مذهب الشافعية أنها لصاحب السنتين. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٣.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٢٨٧.

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: المغني ١٤/ ٢٧٦-٢٧٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٩٨-٣٩٩؛ والحاوي

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: تسمع دعواه، وتقبل بينته وإن لم [يذكر شرائطه][1]. [2]

لأن الاستمتاع لا يستباح بالبذل، وتتعلق بجنسه العقوبة، فإذا ادعاه وجب تحرير الدعوىٰ وبيان / الشرائط فيها، دليله: دعوىٰ القصاص، فإنه يجب أن يبين [٣٩١] صفة القتل من الفعل والآلة، ولا يلزم عليه دعوىٰ شراء الجارية، فإنه يحتمل أن نقول فيه وفي دعوىٰ كل بيع: لابد فيه من ذكر الشرائط، كالنكاح. ويحتمل أن يكون النكاح مخصوصاً بذلك دون سائر العقود[3]، فعلىٰ هذا لا يلزم، لأن الدعوىٰ هناك الملك والاستمتاع غير مقصود، ولهذا يجوز أن يشتري جارية لا يجوز له وطؤها، وأصل العلة إذا قال: قتله. فإنه لا يسمع هذا بلا خلاف، لأنه يحتمل خطأ وعمداً، أو يحتمل بالحديد وبالمثقل.

ولأن للناس أغراضاً في ترك هذه الشرائط، لأن منهم من يريد أن يتزوج في السر فيترك الإشهاد، ومنهم من لا يكون كفواً للمرأة فيتزوجها بغير إذن وليها، فإذا كان كذلك وجب أن يذكر هذه الشرائط حتىٰ يعلم أن النكاح لم يقع فاسداً، ولا يلزم علىٰ هذا خلوها من العدة، والردة، والإحرام أن ذكره ليس بشرط، لأنه لا غرض للناس في ترك هذه الشرائط.

الكبير ١٧/ ٣٠٩.

(١) في المخطوط (وإن لم يرد) ولعل ما أثبت هو الصحيح.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٦-٢٢٧؛ ومواهب الجليل من أدلة خليل ٤/ ٢١٩.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٢٨٧.

[٢٢٩٨/٨] **مسألة:** إذا ادعى نفسان زوجية امرأة، فأقرت لأحدهما لم يقبل إقرارها[١].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يقبل[٢][٣].

لأنها متهمة في إقرارها، لأنها قد تميل إلى أحدهما لجماله وماله، ولهذا منعناها من أن تلي عقد النكاح خوفاً أن تضع نفسها في غير كُفءٍ، والإقرار إذا دخلته التهمة لم يصح، ألا ترى أن العبد إذا أقر بقتل الخطأ لم يقبل[٤]، لأنه متهم في ذلك، ولو أقر بقتل العمد قبل، لأنه غير متهم في ذلك، وإن كان في الحالين مقراً على سيده، وكذلك إقرار المريض لبعض الورثة، وكذلك المبتوتة في المرض، يفارق هذا إذا كان المدعي واحداً أنه يقبل إقرارها على أحد الروايتين [٥]. نص عليهما في العتق إذا ادعى على رجل رق امرأة، فأقرت له تقبل على أحد الروايتين، وحكم العتق والنكاح سواء، لأن المزيل لهما مبني على التغليب والسراية، وهو العتق والطلاق، وذلك أن التهمة لاتلحق، لأنه يمكنها أن تعقد عليه عقد النكاح، وإذا ادعاها نفسان لم يمكنها ذلك، وكذلك إذا كانت في يده سلعة ادعيا شراءها، فأقر لأحدهما أنه غير متهم، لأن القصد حصول العوض،

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٣٠٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٩٨.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٨٨؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١١٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٢٩٤-٢٩٥.

(٣) قال ابن القاسم من المالكية في هذه المسألة: بفسخ النكاح بطلقة. انظر: الذخيرة ١١/ ٣٢.

(٤) انظر: النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية ٢/ ٣٨١.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ٣٠٢.

وهذا المعنىٰ يحصل للمقر من كل واحد منهما [بخلاف النكاح] [١] / القصد منه [٣٩٢] الإلفة، والمحبة والجمال، والمال، فقد تتهم في المثل [٢]، لهذا لم يقبل.

[٢٢٩٩/٩] **مسألة:** إذا نكل المدعىٰ عليه عن اليمين لم ترد اليمين علىٰ المدعي، وحكم عليه بالحق للمدعي [٣].

خلافاً لمالك [في] [٤] قوله: ترد اليمين فيما يثبت بشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين، ولا ترد فيما يثبت بشاهدين [٥].

لأن اليمين لا تجب عنده فيما يثبت بشاهدين.

وخلافاً للشافعي في قوله: ترد اليمين علىٰ المدعي في جميع الأشياء، فإن حلف حكم له بالحق، ولا يقضىٰ بالحق بنكول المدعىٰ عليه [٦].

فالدلالة علىٰ أن اليمين لا ترد: أنها يمين لا يحكم له بها قبل نكول المدعىٰ عليه، فلا يحكم له بها بعد نكوله، دليله: إذا حلف قسم [٧] وأشهد، وعكسه يمين القسامة يحكم بها بعد النكول ويحكم بها قبل النكول، فلا معنىٰ لقولهم: إنها

(١) زيادة لم تذكر بالمخطوط يستقيم بها الكلام.

(٢) هكذا بالمخطوط ولعل صحتها الإقرار.

(٣) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٤/ ٢٣٣-٢٣٥؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦١٧-٦١٨؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٧٥.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: التفريع ٢/ ٢٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٣٢.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٦؛ والحاوي الكبير ١٧/ ١٣٩-١٤٠.

(٧) هكذا بالمخطوط.

قبل النكول جنبته ضعيفة، وبعد النكول قد قويت جنبته، فهي كأيمان القسامة تسمع قبل النكول، لأن جنبة المدعي قوية بالموت، وذلك أن اليمين حق للمدعي، كالبينة، وقد ثبت أن بينته تسمع مع ضعف جنبته وقوتها، كان يجب أن تكون اليمين كذلك، وأما أيمان القسامة فإنما سمعت من المدعين، لأن العداوة قوة ظاهرة تدل على القتل، ولهذا قالت الأنصار: «ما لنا عدو إلا يهود»[١]. فجعلوا ذلك دلالة على القتل، وليس كذلك نكول المدعى عليه، لأنه لا يدل على أن عليه الحق، بل يجوز أن يقتضي الإسقاط.

فالدلالة على القضاء بالنكول: أنه نكول عن يمين توجهت، فوجب أن يقتضي الإسقاط بقضاء عنده، دليله: نكول الزوج عن اللعان، ونكول المدعى عليه في القسامة، فإن يلزمه الحد، ولا يلزم عليه نكول الزوجة عن اللعان، لأنه لا يقضى به، وهو وجوب الحبس عليها، وكذلك النكول في دعوى القصاص إذا أوجبنا فيه اليمين يقضى فيه بالنكول، وهو الدية، ولا يلزم عليه نكول المدعي في أيمان القسامة، لأنها أيمان تقتضي الإثبات والإيجاب.

ولا معنى لقولهم: إنا لم نقض بالحد بنكول الزوج، وإنما قضينا بالقذف، وكذلك في أيمان المُدَّعَى عليهم في القسامة قضينا بنكول المدعِينَ والمُدَّعَى عليهم، لأننا لم نقل في العلة / وجب أن يقضي به حتى بمانعنا[٢]، وإنما قلنا: وجب أن[٣٩٣]

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) هكذا بالمخطوط.

يقضي عنده[١]، وهذا مسلم أن يكون امتناعه خوفاً أن يوافق قضاء ليلاً، ولهذا امتنع عثمان أن يحكم المقداد، وقال: أخاف أن يوافق قضاء ليلاً[٢]، ومعلوم أنه صادق.

ولأنه إذا نكل عن اليمين لم يخل: إما أن ترد اليمين، أو يحبس، أو يحلف [][٣]، أو يحكم به، ولا يجوز أن ترد اليمين لما ذكرنا، ولا يجوز الحبس، لأن الحبس يوجب إيقاف الحكم، والحاكم نصب للفصل بين الخصوم، فوجب أن يحكم به.

[٢٣٠٠/١٠] **مسألة:** لا يستحلف في ستة أشياء من حقوق الآدميين رواية واحدة: دعوىٰ النكاح، وهو أن يدعي نكاح امرأة منكرة.

وبقاء الرجعة، وهو أن يدعي الرجعة بعد انقضاء العدة[٤]، فتنكره.

والرق، وهو أن يدعي رق عبد، فينكره.

وما يتعلق به من الاستيلاد، وهو أن يدعي استيلاد أَمَةٍ، فتنكره.

والولاء، وهو أن يدعي أنه اعتق عبداً، وله عليه الولاء، فأنكره، والنسب، وهو أن يدعي بنوة رجل، وينكره ذلك.

واختلفت الرواية في ثلاثة أشياء: دعوىٰ القصاص، وهو أن يدعي علىٰ رجل

(١) هكذا بالمخطوط.

(٢) في المخطوط (عنده) وقد تكون عنده أو عبده.

(٣) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء تآكله.

(٤) أي يدعي عليها بعد انقضاء عدتها أنه راجعها قبل انتهاء عدتها ولم يقم علىٰ ذلك بينة.

أنه قتل أباه، فينكره المدعىٰ عليه .

ودعوىٰ القذف، وهو أن يدعي أن فلاناً قذفه، فينكره .

ودعوىٰ الطلاق، وهو أن تدعىٰ المرأة الطلاق، فينكرها، علىٰ روايتين[١] .

خلافاً للشافعي في قوله: يستحلف في جميع ذلك[٢] .

لأن بذل هذه الأشياء لا يصح، فوجب ألا يجب فيها اليمين قياساً علىٰ الحدود التي هي حق لله تعالىٰ، وذلك لا يصح للأجنبية، ولا المنقضية العدة أن تبذل بضعها بغير عقد، وكذلك لا يجوز للحر أن يبذل رقه، ولا الولاء، لأنه يتضمن بذل رقه فيما مضىٰ، وكذلك لا يجوز بذل نسبه، لأنه يتضمن جواز النفي، وكذلك الاستيلاد بذله من أجنبية .

ولا معنىٰ لقولهم: تلك الحدود لا يصح دعواها، ولا يجب سماعها، ولا يسئل المدعىٰ عليه عن الجواب عنها، وهذه الأشياء تصح دعواها، وذلك أن شهادة الشهود دعوىٰ منهم، والحاكم يسمع منهم ذلك .

ولأن السرقة تصح دعواها ومع هذا لا يستحلف فيها[٣]، وعلىٰ هذا لا يوجب الفرق بينهما في مسألتنا، كما لم يوجب الفرق بينهما في منع البذل .

---

(١) مذهب المالكية أنه لايستحلف في الستة الأشياء المذكورة. انظر: المغني ١٤/ ٢٣٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٩٨، والذخيرة ١١/ ٥٨ .

(٢) وبه قال صاحبا أبي حنيفة . انظر: روضة الطالبين ٨/ ٣١٠؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ١١٠ .

(٣) دعوىٰ السرقة لايحلفه علىٰ ماينفي القطع، لكن علىٰ ماينفي استحقاق المال . انظر: النكت والفوائد السنية علىٰ مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية ٢/ ٢٢٥-٢٢٦ .

[٢٣٠١/١١] **مسألة:** لا تغلظ الأيمان في شيء من الدعاوىٰ بالمكان ولا بالزمان[١].

خلافاً لمالك، والشافعي [في قولهما][٢]: تغلظ بالمكان والزمان، فإن كان في دعوىٰ الدم، والجراحات العمد صغرت / أم كبرت، والطلاق، والعتاق، والنكاح، [٣٩٤] والرجعة، والحدود، وفي المال الكثير، وهو عشرون ديناراً، بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان في المدينة فعلىٰ منبر النبي ﷺ، وإذا كان في بيت المقدس فعند الصخرة، وإن كان في سائر البلاد ففي الجوامع، وأما الزمان فبعد صلاة العصر[٣].

لأن اليمين حجة في جهة أحد المتداعيين، فوجب أن تكون في موضع الدعوىٰ، كالبينة، يبين صحة هذا: أن التهمة غير متيقنة عن الشهود، ولهذا ترد شهادة العدو لأجل التهمة، وكذلك شهادة القريب.

[٢٣٠٢/١٢] **مسألة:** إذا ادعىٰ رجلان عبداً كبيراً، فأقر لأحدهما، فقياس المذهب لا يقبل إقراره، وإن كان المدعي واحداً يخرج علىٰ روايتين[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقبل إقراره إن كان المدعي واحداً، ولا يقبل إذا

---

(١) وبه قال الحنفية. انظر: المغني ١٤/ ٢٢٤ـ٢٢٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٣٧٦ـ٣٧٧؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٧٩.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٢٤٣ـ٢٤٤؛ والكافي فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٤٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٠٩ـ٣١٢.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٣١٨ـ٣١٩؛ والمقنع لابن قدامة ٣/ ٦٦٤ـ٦٦٥.

كان لاثنين[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: يقبل في الحالين[٢].

لأنه متهم في إقراره في أخذ ماله إلىٰ أحدهما لحسن عشرته، وكثرة ماله، والإقرار إذا دخلته التهمة لا يصح، ألا ترىٰ أن العبد إذا أقر بقتل الخطأ لم يقبل، لأنه متهم في ذلك، ولو أقر بقتل العمد قبل، لأنه غير متهم في ذلك، وإن كان في الحالين مقراً علىٰ سيده، ويفارق هذا إذا كان المدعىٰ واحداً علىٰ أحد الروايتين، لأن التهمة لا تلحق، لأن الإنسان في العادة إذا علم من نفسه أنه حر لا يقر علىٰ نفسه بالرق لما عليه فيه من المشقة، لأنه يستذل، ويؤخذ اكتسابه، ولهذا لا يتهم الإنسان في أن يقر علىٰ نفسه بجناية.

[٢٣٠٣/١٣] **مسألة:** إذا شهد شاهدان علىٰ رجل أنه أعتق عبده، والعبد لا يدعي، قبلت (شهادتهما)[٣] وحكم بالعتق[٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقبل شهادتهما حتىٰ يدعي العبد العتق[٥].

لأنها شهادة بالعتق، فلا يشترط عندها تقدم الدعوىٰ، دليله: إذا شهد بعتق الأمة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٥٦.

(٢) لم أقف علىٰ مذهب الشافعية في هذه المسألة.

(٣) في المخطوط (شهادته).

(٤) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المحرر في الفقه علىٰ مذهب الإمام أحمد ٢/ ٢٢٤؛ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤/ ١٧٤؛ ومغني المحتاج ٤/ ٤٣٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٧.

ولا معنىٰ لقولهم: إن عتق الأمة يتضمن تحريم الوطء، ويجب الاحتياط للوطء، والشهادة بعتق العبد لا تتضمن تحريم الوطء. لأن الشهادة في الأمة للاحتياط للعتق دون الوطء، يدل عليه أنهما إذا شهدا ببيع الجارية لم تسمع شهادتهما حتىٰ يدعي المشتري البيع، فإن لم يدع ذلك، وأنكر الشراء لم تسمع شهادتهما، وإن كان ذلك يتضمن تحريم الوطء.

[٢٣٠٤/١٤] **مسألة:** إذا اشترك الرجلان في وطء المرأة بشبهة، حرة، أو أمة، وأتت بولد، عرض الولد على القافة[(١)(٢)].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يعرض على القافة، ويلحق بهما[(٣)].

وخلافاً لمالك في قوله: إن اشتركا / في وطء أمة عرض على القافة، [٣٩٥] وهو أن يطأ أمته ويبيعها، فيطأها الثاني قبل أن يستبرئها، فتأتي بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء الأول، فإن اشتركا في وطء حرة لم يعرض على القافة، وحكم به للزوج، وإن كانا أجنبيين، وهو أن يطأ كل واحد بنكاح فاسد انتظر به حتىٰ يبلغ فينسب إلىٰ أحدهما.[(٤)]

لما روت عائشة [رضي الله عنها أنها قالت][(٥)] أن النبي ﷺ دخل عليَّ مسروراً

(١) القائف: هو الذي يعرف الآثار. انظر: مختار الصحاح، مادة «قوف».

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٥٠١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٧٥.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٥٨؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٣٧ـ٥٣٨.

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٣٩ـ٢٤٠.

(٥) ساقط من المخطوط.

تبرق أسارير وجهه قال: «ألم تَرَيْ أن مُجَزِّزًا[١] نظر آنفاً إلىٰ زيد بن حارثة وأسامة فقال: إن بعض الأقدام لمن بعض»[٢]، وفي لفظ آخر قال: «إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[٣]. فلولا أن الحكم بالشبه جائز في الشرع لما سُرّ النبي [ﷺ][٤] بقوله: لأنه لا يجوز أن يُسر بما هو باطل.

ولأنه لو أنكر جائزاً لأنكر عليه، لأنه لا يجوز أن يرىٰ منكراً فلا يغيره، ويقر عليه.

ولما روي أن النبي ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته، وفرق بينهما، [و][٥] قال: «إن جاءت به علىٰ صفة كذا فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به علىٰ صفة كذا فهو لشريك»[٦]. فدل علىٰ أن الشبه طريق إلىٰ معرفة الأنساب، والعلم بأن هذا الولد مخلوق من ماء هذا، إذ لو لم يكن كذلك لم يكن لقوله ﷺ: «إن

(١) هو مجزز بن الأعور بن جعدة بن معاذ المدلجي القائف. شهد فتح مصر. انظر: أسد الغابة ٥/ ٦٦.

(٢) رواه البخاري في فضائل الصحابة: باب مناقب زيد بن حارثة مولىٰ النبي ﷺ، (٣٧٣١). صحيح البخاري ٣/ ٢٨، ومسلم في الرضاع: باب العمل بإلحاق القائف الولد (١٤٥٩) (٣٨)، (٣٩). صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٢.

(٣) رواه البخاري في فضائل الصحابة: باب مناقب زيد بن حارثة مولىٰ النبي ﷺ، (٣٧٣١). صحيح البخاري ٣/ ٢٨، ومسلم في الرضاع: باب العمل بإلحاق القائف الولد (١٤٥٩) (٣٨)، (٣٩). صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٢.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) سبق تخريجه.

أتت به على صفة كذا فهو لهلال، وإن أتت به على صفة كذا فهو لشريك»[١] معنى.

ولا معنى لقولهم: يحتمل أن يكون النبي ﷺ حصل الشبه علماً من طريق الوحي، لأن نزول الوحي باعتبار الشبه في ذلك دليل على اعتباره في نظائره، وإنما لم يحكم به للزاني بشبهة، ولا أقام الحد عليها، لأنه إنما لم يفعل ذلك لأ[ن][٢] سقوط الحد عن المتلاعنين مستفاد بالنص، وهو قوله: [تعالى][٣]: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾[٤]، وثبوت الولد أعلى علم بالاستدلال والشبه، فلم يسقط ما ثبت بالنص بما ثبت بالاستدلال.

ولأنه لما جاز الرجوع في مهر المثل، وأروش الجنايات، وقيمة المتلفات إلى أهل الخبرة، يجب أن يحصل الرجوع في باب النسب إلى أهل الخبرة، ولا يلزم على هذا أن يرجع إليه مع وجود النكاح، لأنه يؤدي إلى زوال الفراش عند حكمنا بصحته بضرب من الاجتهاد، ولا يجوز رفع حكم قد ثبت بالاجتهاد.

والدلالة على اعتبار ذلك في ولد الحرة مع مالك: حديث مجزز، قضى بذلك في ولد الحرة.

ولأنهما اشتركا في وطء أمة / انفرد كل واحد منهما به، لحق به الولد، [٣٩٦]

(١) سبق تخريجه.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) النور «٨».

ووجب أن يُرجع في الفصل بينهما إلىٰ القافة، كما لو اشتركا في وطء (الحرة)[1] .

[٢٣٠٥/١٥] **مسألة:** فإن ألحقه القافة بأبوين فأكثر لحق[2] .

خلافاً للشافعي في قوله: لا يلحق بأكثر من واحد[3] .

لما روىٰ [عبدالرحمن بن][4] حاطب أن رجلين وقعا علىٰ امرأة في طهر واحد، فجاءت بولد، فارتفعا إلىٰ عمر بن الخطاب، ـ كرم الله وجهه ـ فدعا لهما القافة، فقالت هو ابنهما جميعاً، فجعله عمر ابنهما جميعاً يرثهما ويرثانه»[5]، وفي لفظ آخر رواه أنس بن مالك: «أن ثلاثة وقعوا علىٰ امرأة في طهر واحد، فولدت، فرفع ذلك إلىٰ عمر بن الخطاب، فدعا بالقافة، فقال لهم: الحقوا هذا الولد بأبيه من الثلاثة، وليكتم كل واحد منكم صاحبه، ففرقهم، فقال كل واحد منهم: هو لهم ثلاثتهم، فقال عمر بن الخطاب: قد رأيت الذي رأيتم، وما كنت أرىٰ أن يكون في القياس أن الكلبة قد يقع عليها الكلب الأبلق[6]، والأبيض، والأحمر، فتلد علىٰ مثالهم، والحقه بهم، وقال: يرثكم جميعاً، وآخركم يرثه

---

(١) في المخطوط (الأمة) ويظهر لي أن الصواب ماأثبت .

(٢) انظر: المغني ٤/ ٣١٤.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٧/ ٣٨٠ .

(٤) ساقط من المخطوط وهو عبدالرحمن بن حاطب بن أبي بلتعة اللخمي. انظر: تهذيب التهذيب ٦/ ١٥٨ـ١٥٩؛ وتقريب التهذيب ١/ ٤٧٦ .

(٥) رواه الإمام مالك في الموطأ ص ٦٣٥ . من طريق يحيىٰ بن سعيد، عن سليمان بن يسار، عن عمر موقوفاً، وعبدالرازق في الطلاق: باب النفر يقعون علىٰ المرأة في طهر واحد، (١٣٤٧٦). من طريق معمر، عن قتادة، عن عمر موقوفاً. المصنف ٧/ ٣٦٠ . وهذا الإسناد صحيح إلىٰ سعيد بن المسيب إلا أنه مرسل .

(٦) البلق: سود وبياض، والبلق والبلقة مصدر الأبلق. انظر: لسان العرب مادة «بلق» .

ويرثه»[١].

وروىٰ يونس، عن أبيه، عن علي أن رجلين، وقعا علىٰ امرأة في طهر واحد، فجاءت بولد، فدعا له القافة [فالحقوا الولد بالاثنين][٢]، وجعله ابنهما جميعا يرثهما ويرثانه»[٣]، فقد (ألحقَ)[٤] [عليٌّ][٥] الولد باثنين، وألحقه عمر بثلاثة ولم يعرف مخالف في الصحابة.

ولأنه لما جاز أن يخلق من ماء ذكر وأنثىٰ، جاز أن يخلق من ماء ذكرين، بل هذا أولىٰ، لإفاقهما في الصفة والمحل، واختلاف ماء الرجل والمرأة في الصفة والمحل.

ولا معنىٰ لقولهم: إن العادة جارية بأن يخلق من ماء رجل وامرأة، وليس ذلك في وطء امرأة بعادة أن يخلق من ماء رجلين، لأنه إنما لم يكن معتاداً، لأن الاشتراك من الرجلين في وطء امرأة غير معتاد، ولا جائز.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه إذا انعقد الولد انسد الرحم، فلا ينعقد من الماء الذي

---

(١) رواه عبدالرزاق في الطلاق: باب النفر يقعون علىٰ المرأة في طهر واحد، (١٣٤٧٧). من طريق معمر، عن أيوب، عن ابن سيرين. المصنف ٧/ ٣٦٠، والبيهقي في الدعوىٰ والبينات: باب القافة ودعوىٰ الولد. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٢٦٤. من طريق مبارك بن فضالة، عن الحسن، عن عمر موقوفاً. والإسنادان مرسلان.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٦٤. من طريق روح بن الفرج قال: ثنا يوسف بن عدي، قال: ثنا أبوالأحوص، عن سماك، عن مولىٰ لبني مخزومة. وهذا الإسناد ضعيف، لأن فيه مجهولاً وهو مولىٰ لبني خزيمة.

(٤) في المخطوط (الحقوه) وما أثبته هو الصحيح.

(٥) ساقط من المخطوط.

يكون بعده، وإنما ينتعش به وفي العادة إنما ينعقد في الثاني، واختلاط الماءين يكون بعد الانعقاد(١).

[٢٣٠٦/١٦] **مسألة:** فإن ادعى الولد امرأتان عرض على القافة، وألحق بمن ألحق منهما(٢).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يعرض على القافة، ويلحق بهما(٣).

لأن إلحاق الولد بامرأتين حكم بما يعلم الخطأ فيه قطعاً ويقيناً / لأنا نعلم أن[٣٩٧] إحداهما ولدته دون الآخرى، فأشبه إذا ادعى من هو أكبر منه سناً أنه ابنه.

ولا معنى لقولهم: إنا لا نعتبر الولادة، وإنما نعتبر تساويهما في الدعوى، والمرأتان قد تساويا في الدعوى. لأن تساويهما في الدعوى يوجب إلحاق الولد بالجميع على قول المخالف، بدليل أنه إذا تداعيا حر، وعبد، ومسلم، وذمي، فإنه لا يلحق الولد بهما، وإنما يلحق بالحر المسلم عنده.

[٢٣٠٧/١٧] **مسألة:** إذا تداعى مسلم وذمي، أو حر وعبد نسباً فهما سواء(٤).

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: المسلم أولى به من الكافر، والحر أولى [به](٥) من

(١) في المخطوط (الانفساد) وما أثبت هو الصحيح.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ٨/ ٣٨١؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٣٨١.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٣٧-٥٣٨.

(٤) وبه قال الشافعي. انظر: المغني ٨/ ٣٧٠؛ والحاوي الكبير ١٧/ ٣٩٥.

(٥) ساقط من المخطوط.

العبد[١].

لأن الذمي يساوي المسلم فيما يتوصل به إلىٰ استلحاق النسب من الوطء في النكاح الصحيح، والفاسد، والشبهة، وكذلك في العبد يساوي الحر في ذلك، فوجب تساويهما في استلحاق النسب، كما أنهما لما تساويا في الأسباب التي يحصل بها الملك من البيع، والإرث، وغير ذلك تساويا في دعوىٰ المال.

[**٢٣٠٨/١٨**] **مسألة:** إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما يصلح للرجل فهو للرجل، وما يصلح للنساء فهو للمرأة، وما يصلح للرجال والنساء، فهو بينهما في الحياة وبعد الموت، وفي اليد المشاهدة والحكمية[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك في قولهما: ما صلح لهما فهو للرجل في الحياة، والباقي بينهما بعد الموت[٣].

وفرق أبو حنيفة بين اليد المشاهدة والحكمية.

قال ابن القصار: لا فرق بين أن تكون أيديهما عليه من طريق المشاهدة، أو من طريق الحكم.

وخلافاً للشافعي في قوله: هو بينهما في الأحوال كلها[٤].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٩٨.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٥-١٣٢٦؛ والمغني ١٤/ ٣٣٣-٣٣٥؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤١٨-٤١٩.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٨٥-١٨٦؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١١٣؛ والمدونة ٢/ ١٩٦.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦١؛ وحلية العلماء ٨/ ٢١٣.

فالدلالة على الشافعي ما روىٰ أبو حفص العكبري بإسناده عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: «متاع الرجل للرجل، ومتاع النساء للنساء»[١].

ولأن يد كل واحد منهما ثابتة على ما في البيت، بدلالة أنهما لو ادعىٰ ما في البيت ونازعهما فيه أجنبي جعل المتاع في أيديهما، فكان الأجنبي مدعياً، فاحتجنا أن ننظر أيهما آكد يداً، وأظهرهما تصرفا فالرجل آكد يداً فيما يصلح للرجال، لأن الظاهر أنه استعمله، وما يصلح للنساء فهي آكد، لأن الظاهر أنها استعملته وتصرفت فيه / ، فيجب أن يكون الرجل أولىٰ [٣٩٨] بما يصلح للرجال، والمرأة بما يصلح للنساء، فهو كما لو تنازعا حائطاً معقوداً آزجاً[٢]، أن صاحب الآزج أولىٰ من الجار[٣]، وكما لو تنازعا في دابة لأحدهما عليها حمل، وليس للأخر عليها شيء، أن صاحب الحمل أولىٰ[٤]، وكذلك إذا كان أحدهما راكبها، والآخر متعلق بلجامها، فالراكب أولىٰ[٥]، وكذلك إذا تنارعا في قميص، وأحدهما لابسه، والآخر متعلق بكمه، أن اللابس أولىٰ [٦]، ولايلزم عليه إذا تداعيا حائطاً لأحدهما عليه جذوع، أنه لا يكون صاحب الجذوع أولىٰ، لأن الجذوع لا تدل علىٰ قوة اليد

---

(١) لم أقف عليه مسنداً، وقد أورده أبو يوسف في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ ص ٨٦.

(٢) الآزج: ضرب من الأبنية.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٣٣٥.

(٤) انظر: المرجع السابق

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المغني ١٤/ ٣٣٥.

وظهور التصرف، لأن الجار قد يملك طرحها على حائط جاره بغير إذنه، فلم يكن طرحها دلالة على الملك، ولا يلزم عليه إذا تنازع القطان والإسكاف في آلة الخف، أو العطار والدباغ في جلد، أنه إن كانت أيديهما عليه من طريق الحكم، فالجوهرة للجوهري، والجلد للدباغ، وإن كان أيديهما مشاهدة، فهو بينهما لمسألتنا[١].

والدلالة على أبي حنيفة، ومالك فيما صلح لهما أنه يكون لهما: أنه لو كان للزوج لم يسقط [ ][٢] لأن ورثته يخلفونه ويقومون مقامه في حق الخصومة، فلو كان الميت أولى به في حياته لكان ورثته مثله، كصاحب اليد إذا مات يقوم ورثته مقامه في حق الغريم.

ولأن ما صلح أن يكون لهما فأيديهما عليه، وليس أحدهما آكد يداً ولا أظهر تصرفاً، فيجب أن يكونا سواء، كأجنبيين ادعيا شيئاً يصلح أن يكون لكل واحد منهما، فإنهما فيه سواء، كذلك ها هنا[٣].

والدلالة على أن اليد المشاهدة لا ترجح خلافاً لأبي حنيفة، أنهما تداعيا ما في أيديهما فقدر دعوى أحدهما لصلاح الشيء أصله: إذا كانت أيديهما من طريق الحكم، يبين صحة هذا: أن الترجيح إذا دخل في الأضعف دخل فيما هو أقوى، كالاثنين، والخبرين، إذا كان مع أحدهما قياس، فإنه يرجح به، وإن كانا قويين

(١) انظر: المرجع السابق.
(٢) بياض بالمخطوط مقدار ثلاث كلمات.
(٣) انظر: المغني ١٤/ ٣٣٥.

فقد رجح أحدهما، بدليل غير مقطوع عليه.

[٢٣٠٩/١٩] **مسألة:** إذا كان له على رجل دين فجحده، ولا بينة له عليه / فوجد له مالاً يقدر على أخذه، لم يجز له أخذه بغير إذنه، سواء كان باذلاً لما [٣٩٩] عليه، أو مانعاً، وسواء كان لحقه حجة وبين البينة، أو لم يكن له، وسواء كان الدين قيم المتلفات، مثل: الدراهم والدنانير، فوجد من جنسها، أو من غير جنسها[١].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][٢]: إن وجد من جنس ماله عليه، فله أخذه، وإن وجد من غير جنسه لم يكن له أخذه[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: له أن يأخذ بمقدار حقه كله إن لم يكن على غريمه غير دينه، وإن كان عليه دين أخذ بمقدار ما يصيبه ورد مافضل[٤].

وخلافاً للشافعي [في قوله][٥]: له أن يأخذ من جنسه ومن غير جنسه، كانت له عليه بينة أو لم تكن[٦].

لأن حقه غير متعين فيما يأخذه، وليس له تعين القضاء في نوع من المال، كما لو كان باذلاً، ولا يلزم عليه الغصوب، والعواري، والودائع، أن لصاحبها أخذها

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٦؛ والمغني ١٤/ ٣٣٩-٣٤٢؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٢١.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٥٨.

(٤) انظر: الذخيرة ١١/ ١٥.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ٢٦٥؛ وحلية العلماء ٨/ ٦١٤-٦١٦.

بغير رضا من هي في يده[١]، لأن حقه متعين فيها، ولا يلزم عليه البائع إذا وجد عين ماله وقد أفلس المشتري، لأنا إن قلنا: لا يسوغ الاجتهاد في إسقاط حقه منها، فحكمها حكم الودائع في جواز الأخذ، وإن سوغنا الاجتهاد فيها لم يجز له أن يأخذها، ويكون تأثير التعين في بقية المسائل، ولا يلزم عليه نفقة الزوجة، والمرتهن إذا أنفق على الرهن أن لهما الأخذ، لأن تعين ذلك لم يحصل بفعله، وإنما حصل بالشرع في حديث هند، وفي حديث المرتهن، [٢] وهو قول النبي ﷺ: «الظهر يركب بنفقته، ولبن الدر يشرب بنفقته [إذا كان مرهوناً][٣]»[٤]. وقوله لهند: «خذي ما يكفيك وولدك»[٥].

ولأنه أخذ مال من له عليه حق بغير رضا، ولا قضاء، فلم يجز، دليله إذا كان من غير جنس حقه، فإذا كان من عليه الدين باذلاً[٦]، ولا يلزم عليه نفقة الزوجة إذا منعها الزوج، وقدرت له على مال، والنفقة على الدابة المرهونة عند امتناع الراهن من الإنفاق أن له أن يأخذ بغير رضاه، لأن وجوب ذلك بقضاء صاحب الشريعة حينما أذن لامرأة أبي سفيان، وللمرتهن بالركوب والحلب، ولهذا قلنا

(١) انظر: مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٦/ ٥٣٧.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٣٤١-٣٤٢.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٣٤١-٣٤٢.

(٥) رواه البخاري في الرهن: باب الرهن مركوب ومحلوب، (٢٥١١) و(٢٥١٢). صحيح البخاري ٢/ ٢١١.

(٦) يظهر لي أن هناك نقصاً في الكلام، أو أن صحة الكلام: وإذا كان من عليه الدين باذلاً. بدلاً من فإذا.

نحن وهم: إنَّ قول النبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[١]. وقوله: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[٢]. قضاء.

ولأنه لو جاز له أن يأخذ من غير جنسه بغير إذن صاحبه لجاز له أن يتملكه، كما قالوا فيه إذا / كان من جنس حقه، ولما لم يجز أن يتملكه عُلم أنه ليس له أن [٤٠٠] يأخذه.

ولأنه لو جاز له أخذه لوجب إذا تلف في يده أن يتلف من ضمان صاحبه، كالمرتهن، ولما قال الأكثر من أصحابهم: إنه يتلف من مال الآخذ إنْ أخذه بغير اذن بخلاف الرهن الذي أخذه بإذن، ولا يلزم على هذا نفقة الزوجة، والنفقة على الرهن، لأنه غير ممتنع أن نقول: إنه قد ملك ما يأخذه في مقابلة النفقة، وإن كان من غير جنس حقه، كالحاكم إذا دفع إلى الغرماء عوضاً عن ديونهم من غير جنسها، لأنا قد أقمناه في جواز الأخذ مقام الحاكم، وهذا ظاهر السنة. لأن النبي ﷺ قال: «الظهر يركب بنفقته، ولبن الدر يشرب بنفقته». وعلى هذا إذا تلف في يده يكون من ضمانه، لأنا قد حكمنا أنه ملكه.

ولأنه لا يجوز أن يبيعه هو، لأنه لا ولاية له عليه فلا يجوز أن يبيع عليه، كما

---

(١) رواه الإمام مالك في الأقضية: باب القضاء في عمارة الموات، (٢٦). موطأ مالك ٢/ ٧٤٣، وأبوداود في الخراج والإمارة والفيء: باب في إحياء الموات، (٣٠٣٧) و (٣٠٧٤). سنن أبي داود ٣/ ١٧٥، والترمذي في الأحكام: باب ما ذكر في احياء أرض الموات، (١٣٧٨)، (١٣٧٩). سنن الترمذي ٣/ ٦٥٣-٦٥٤، والبيهقي في إحياء الموات: باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له. السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ١٤٢. وقد صححه الألباني. انظر إرواء الغليل ٦/ ٤.

(٢) سبق تخريجه والحكم عليه في كتاب السير في مسألة رقم (٣).

لا يبيع على غيره، ولا يجوز أن يبيعه الحاكم، لأن الحاكم لا يبيع على المدين إلا بعد أن يأمره بالبيع فيبيع، ولم يوجد هذا، فلم يجز له أخذه، ولا يلزم عليه نفقة الزوجة، والنفقة على الرهن.

كتاب العتق[١]

[١/٢٣١٠] **مسألة:** إذا أعتق الموسر شقصاً[٢] له في عبد عتق كله، وضمن قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسراً أعتق نصيبه خاصة، ولم يكن لشريكه تضمين قيمة نصيبه، ولا استسعاء العبد[٣] [٤].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تعتق حصته خاصة، ولشريكه ثلاث خيارات: إن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، سواء كان المعتق موسراً، أو معسرا[٥].

فالدلالة على السراية ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في مملوك قوم عليه عتقه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»، وفي لفظ آخر «من أعتق شركاً من مملوك فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، وإن لم يكن له مال اعتق نصيبه» وفي لفظ

(١) العتق: بمعنى الإعتاق، وهو لغة: مأخوذ من قولهم: عتق الفرس، إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ: إذا طار واستقل. انظر: مختار الصحاح، مادة «عتق»، والدر النقي ٣/ ٨٢١.

وشرعاً: هو تحرير الرقبة، وتخليصها من الرق. انظر: المغني ١٤/ ٣٣٤.

(٢) الشقص: القطعة من الأرض. والطائفة من الشيء. انظر: مختار الصحاح، مادة «شقص».

(٣) استسعاء العبد هو أن يترك يعمل ويكسب ويشتري ما بقي من رقه.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٧؛ والمغني ١٤/ ٣٥١؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٢٨-٤٣١؛ والتسهيل ص ١٤٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٦٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٨٦.

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٧٦؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٣٧.

آخر قال: «وإلا عتق منه / ما عتق ورق منه الباقي»[١]. فأوجب التقويم على المعتق [٤٠١] الموسر، وعندهم لا يجب، بل الشريك الآخر مخير بين أن يلزمه القيمة، أو لا يلزمه.

ولأنه فرق بين حال اليسار والإعسار، فدل على أنه يتبعض في حال الإعسار، ولا يتبعض في حال اليسار، لأنه لو تبعض في الحالين لما جاز أن يفرق بينهما.

ولأنه لما أوجب على المعتق قيمة نصيب صاحبه دل على أن العتق قد سرى إليه، وتلف عليه، لأن التقويم لا يجب إلا بعد الإتلاف.

ولا معنى لقولهم: إنه قصد بالفرق أن يبين أن الضمان يجب في حال اليسار على المعتق وفي حال الإعسار، على أنه قصد الفرق بينهما في إيقاع العتق، لأن ذكر الصفة في الحكم علة في الحكم، فلما ذكر اليسار في العتق، دل على أنه علة فيه.

ولأن عتق الموسر لا يجوز تبعيضه بإجماعنا، وما لا يجوز تبعيضه إذا صح في البعض وجب أن يكمل في الحال[٢]، أصله الطلاق، وذلك أنه لو طلق بعض زوجته كمل الطلاق في الجميع[٣].

وكذلك إذا أحبل جارية بينه وبين شريكه، صارت أم ولد له في الحال، ولزمته

---

(١) رواه البخاري في العتق: باب إذا أعتق عبداً بين اثنين، أو أمة بين الشركاء (٢٥٢٢)، (٢٥٢٣)، (٢٥٢٤). صحيح البخاري ٢/ ٢١٤؛ وصحيح مسلم في العتق (١٥٠١). صحيح مسلم ٢/ ١١٣٩.

(٢) انظر: المغني: ١٤/ ٣٥١.

(٣) انظر: مسألة (٦٥/ ١٤٤٩) من هذه الرسالة.

قيمة نصيب شريكه[١].

وكذلك إذا عفى عن بعض القصاص سقط الجميع[٢]، ولا يلزم عليه إذا كان معسراً، فإنه يتبعض عندنا، ولا يلزم عليه إذا قال: زوجتك بعض ابنتي، أو وليتي، أنه لا يكمل، لأنه يصح في البعض، وإنما يجب التكميل فيما صح في بعضه.

ولا معنى لقولهم: إن الطلاق لا يختلف باليسار والإعسار، كذلك العتق، لأن الإحبال قد مثل فيه أنه يختلف باليسار والإعسار، فيسري إذا كان المحبل موسراً إلى نصيب شريكه في الحال، فإن كان معسراً اختص بنصيبه، وإن كان نصيب شريكه على ملكه، كالعتق، وأما الطلاق فإنما يستوي فيه اليسار والإعسار، لأن المطلق لا ضمان عليه، ولا يتعلق به تقويم [ ][٣] حكم الموسر والمعسر سواء، والعتق يتعلق به التقويم والتضمين فاختلف حال الموسر من المعسر.

والدلالة على إبطال الاستسعاء في حال إعسار المعتق: ما تقدم من حديث ابن عمر، وقوله: «عتق كله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال عتق نصيبه»، وفي لفظ آخر «عتق ما عتق ورق منه ما رق». / فحكم الموسر التقويم، وحكم [٤٠٢] المعسر أن يعتق منه ما عتق، ولم يذكر الاستسعاء، فمن أثبت ذلك خالف الظاهر.

ولأنه عتق بعوض من جهة العبد، فلم يجبر عليه العبد، دليله: الكتابة.

ولا معنى لقولهم: ليس هناك سبب يوجب تحصيل الحرية للعبد، وهاهنا قد

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٣٧٢.

(٢) انظر: المرجع السابق ١١/ ٥٨٠.

(٣) ثلاث كلمات لم تتضح لم أستطع قراءتها، والتقدير فيها «فتبين أن».

حصل العتق في بعضه فوجب تكميله، كاليسار. لأنه كان يجب تكميله في حق المعتق، كما وجب في حق الموسر، فأما في حق غيره فلا.

ولأن المعتق إذا كان معسراً لم يجب تضمينه وتقويمه عليه، فالعبد أولىٰ بذلك، لأن إعسار العبد متيقن ظاهراً وباطناً لرقه، والمعتق لا يتحقق إعساره وإنما يثبت ظاهراً، فكان العبد أولىٰ بإسقاط التقويم عنه.

ولأن في الاستسعاء إضراراً بالشريك، فإنه يحال بينه وبينه، ويمنع من استخدامه، ولا يدري هل يصل إلىٰ [ ][1]، فلم يُقَلْ له: إما أن تعتقه أو تستسعيه، وفيهما جميعاً إضرار به، وإتلاف لحقه.

[٢٣١١/٢] **مسألة:** والوقت الذي يعتق فيه نصيب شريكه عقيب الإيقاع، ولا يقف عتقه علىٰ أداء قيمته، ولا يكون مراعىٰ[2].

خلافاً لمالك، وأحد قولي الشافعي: يعتق باللفظ، ودفع القيمة، فإن لم تدفع إليه القيمة لم يعتق[3].

لأن وجوب القيمة وقدرها حين العتق، فثبت أن العتق وقع حين الإعتاق، لأن القيمة لا تجب إلا عن إتلاف حاصل.

ولأنا لو قلنا: إن العتق في حق الموسر لا يحصل إلا بدفع القيمة سوينا بين الموسر والمعسر في استقرار الرق في الحالين، وقد فرقت الأصول بين العاجز عن

(١) كلمتان لم أستطع قراءتهما بالمخطوط.

(٢) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٢٨؛ والمغني ١٤/ ٣٥٣؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٣٣.

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٦٧؛ التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٤.

الشيء، وبين القادر عليه، بدليل: أن المولىٰ إذا كان قادراً علىٰ القيمة طولب بها، ولو كان عاجزاً لم يطالب، وكذلك العنين يطالب بفراق زوجته بعد الحول لعجزه عن الوطء، ولو كان قادراً لم يطالب

[٢٣١٢/٣] **مسألة:** إذا كان العبد بين ثلاثة، لواحد النصف، وللآخر السدس، وللآخر الثلث، [و] [(١)] أعتق صاحب النصف، وصاحب السدس ملكهما معاً في زمان واحد ووكلا وكيلاً فأعتق ملكهما معا سرىٰ إلىٰ نصيب شريكهما وعليهما قيمة الثلث بينهما نصفين، ويكو لصاحب السدس ثلث الولاء، ولصاحب النصف ثلثا الولاء[(٢)].

خلافاً لمالك في قوله: عليهما قيمة الثلث علىٰ قدر ملكيهما، وأنصبائهما[(٣)].

/ لأن الضمان إنما وجب علىٰ المعتق لإدخال الضرر علىٰ شريكيهما، وهما في [٤٠٣] إدخال الضرر عليه سواء، بدليل: أن السراية إلىٰ الثلث بإعتاق النصف، كالسراية إليه باعتاق السدس، فلما كانا في إدخال الضرر عليه سواء كانا في الضمان سواء، ويفارق الشفعة، لأنها مستحقة بالملك، فكانت حين الاشتراك علىٰ قدر الملك[(٤)].

[٢٣١٣/٤] **مسألة:** فإن أعتق في مرضه شقصاً من عبد، وكان الثلث يحتمل

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٣٠؛ والمغني ١٤/ ٣٧٠؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٤٥؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٢٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٩٤.

(٣) انظر: التفريع ٢/ ٢٢.

(٤) انظر: المغني ٧/ ٤٣٦.

جميعه لم يقوم عليه تمام الثلث[١].

خلافاً للشافعي، والثانية: يقوم عليه[٢].

لأن المرض المخوف حالة يعتبر فيها العتق من الثلث فلم يكمل عتقه من الثلث قياساً عليه إذا دبر نصف عبد، أو وصىٰ بعتق نصف عبد وكان ثلثه يحتمل جميعه لم يكمل عند الشافعي كذلك ها هنا.

ولا معنىٰ لقولهم: إذا مات زال ملكه عن ماله إلا القدر الذي استثناه بالوصية، والذي استثناه هو الشقص، فلهذا لم يملك سواه، وفي حال الحياة ملكه لم يزل. لأن ملكه وإن زال بعد الموت فهو علىٰ حكم ملكه فيما وجد سببه في حال الحياة، يبين صحة هذا: أنه لو حفر بئراً في طريق المسلمين، ومات، فوقع فيها إنسان تعلق الضمان بماله، وإن كان قد زال ملكه، لأنه وجد سبب الضمان في حال الحياة، كذلك هاهنا وجد سبب التكميل في حال الحياة، فيجب أن يكمل من ثلثه بعد موته، لأنه مالك للثلث.

[**٢٣١٤/٥**] **مسألة:** إذا أعتق عبيده في مرضه، ولا مال له غيرهم، أقرع بينهم[٣].

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٤/ ٣٩٢؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٤٩٠؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٢٩.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٣١؛ والمغني ١٤/ ٣٩٢.

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٣٣٢؛ والمغني ١٤/ ٣٧٨-٣٧٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٥٢، ٤٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٠؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٠٧.

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله](١): يعتق الثلث من كل واحد منهم، ويسعون في الباقي(٢).

لما روىٰ عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين له عند موته، وليس له مال غيرهم، وبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «لقد هممت ألا أصلي عليه، قال: ثم دعا بالرقيق فجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة»(٣). وفي لفظ آخر قال: «فأقرع بينهم، فأعتق منهم اثنين، ورد أربعة في الرق»(٤).

وهذا نص في القرعة، ولا يصح حمله علىٰ أنه أعتق أيهما شاء تعين، لأن قوله: «اثنين، وأربعاً» يقتضي أشخاصاً كاملة دون الأجزاء، يدل عليه أنه إذا قال: بعتك / عبدين من هؤلاء العبيد الستة لم يصح البيع(٥)، لأن العبدين غير [٤٠٤] معينين، ولا يقول أحد: إنه يحمل علىٰ أجزاء العبدين، فيكون قد باع من كل واحد ثلثه، ويكون البيع صحيحاً.

ولأنه لو كان قد عتق ثلث كل واحد لم يحتج النبي ﷺ إلىٰ أن يجعلهم ثلاثة أجزاء، لأنه قد عتق ثلث كل واحد منهم بالشرع ولأن إيجاب السعاية إضرار بالورثة، لأن حقهم من السعاية يتأخر، وحق العبيد يتعجل، لأن كل واحد منهم يعتق ثلثه في الحال.

(١) في المخطوط (حنفيه) وهذا خطأ من الناسخ والصحيح ما أثبت.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٨١ـ٣٨٣؛ ورؤوس المسائل للزمخشري ص ٤٥١.

(٣) رواه مسلم في الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد، (١٦٦٨). صحيح مسلم ٣/ ١٢٨٨.

(٤) رواه مسلم في الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد، (١٦٦٨). صحيح مسلم ٣/ ١٢٨٨.

(٥) انظر: منار السبيل ١/ ٣٠٩.

ولأنه قد يكتسب مالاً، وقد لا يكتسب، وإذا اكتسب فقد يسلم للورثة، وقد يتلفه العبد.

ولا معنىٰ لقولهم: إن هذا لا يمنع، ألا ترىٰ أنه لو كان له علىٰ رجل ألف درهم ديناً لا مال له غيره، فأبرأه عن الألف في مرضه، ثم مات، فلم يجز الورثة، أن الذي عليه الدين يبرأ من الثلث في الحال، وإن لم يصل إلىٰ الورثة، وذلك أن الدين لا يمكن قبضه إلا بالتسليم، وليس كذلك الثلثان من العبد، لأنه يمكن تسليم ذلك إلىٰ الورثة، فإذا نفذت الوصية في الثلث منهم، ومنع الورثة من الثلثين منهم كان فيه إضرار بهم، فلم يجز، وإن الحقوق إذا تساوت علىٰ وجه لا يمكن التميز بينهما إلا بالقرعة صح استعمال القرعة فيها، يدل عليه، ماقالوه في الشريكين إذا كان بينهما مال وأرادا قسمته فإن الحاكم يجزئه، ويقرع بينهما، وكذلك إذا أراد الرجل أن يسافر بإحدىٰ نسائه، فإنه يقرع بينهن، فمن خرج السهم بها سافر بها، كذلك ها هنا.

ولأنا قد دللنا علىٰ إبطال القول بالسعاية في المسألة التي قبلها بما فيه كفاية.

[**٢٣١٥/٦**] **مسألة:** إذا أعتق ثلاثة مملوكين له في مرضه لا مال له غيرهم، فمات واحد منهم قبل وفاة المعتق، أقرعنا بين الميت والأحياء، فإن خرجت قرعة الحرية علىٰ الميت حكمنا بأنه مات حراً، وإن خرجت قرعة الحرية علىٰ أحد الحيين حكمنا بأن الميت مات رقيقاً، وأنه هلك من جملة التركة، فكأنه ما كان له إلا هذان العبدان، فإذا وقعت القرعة علىٰ أحدهما عتق إن خرج من الثلث، وإلا

عتق منه بقدر الثلث(١).

خلافاً لمالك في قوله: لا يقرع بين الميت والأحياء، وإنما يقرع بين الحيين(٢).

ويفيد هذا: / أن القرعة لو خرجت للميت لم يحكم بحريته، وتعاد القرعة [٤٠٥] بينهما.

لأن القصد تحصيل الثواب بعتقه، وتكميل الأحكام، وقد حصل المقصود بذلك في حق الميت، فوجب اعتباره من الثلث، كما لو كان الجميع أحياء.

ولأنه لا يمتنع اعتبار الثلث مما كان موجوداً قبل موته، ألا ترىٰ أنه لو أعتق عبداً في مرضه، وهو يخرج من الثلث، ومات العبد ثم مات السيد، فإنه يحتسب به من ثلثه، ولا يعتبر ثلث الموجود بعد موت السيد، كذلك ها هنا.

[٢٣١٦/٧] **مسألة:** فإن كان له عبيد، فأعتق واحداً منهم لا بعينه، فقال: أحدكم حر، أقرع بينهم، فمن وقعت عليه الحرية(٣) عتق(٤).

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في قولهما: يُعَيِّنُ واحد منهما ولا يقرع(٥).

---

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٣٨٧-٣٨٨؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٣١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٠٧.

(٢) انظر: الكافي فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧١.

(٣) أي بالقرعة.

(٤) وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٣٨٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٥٨؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧١.

(٥) انظر: ملتقى الأبحر ١/ ٣٠٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٥.

لأنه لو تعين بالتعين لتعين بالفعل الذي هو الوطء، والخدمة كما لو ابتاع أمة على أنه بالخيار، فوطئها كان ذلك اختياراً لها، كالقول، وكذلك وطء الرجعية يكون اختياراً لها، كالقول، ولما قال أبو حنيفة: لا يكون وطؤها تعيناً للعتق في غير الموطوءة. ولا استخدامها تعيناً للعتق في غيرها عند أصحاب الشافعي على اختلاف بينهم، كذلك القول، يبين صحة هذا: أن الوطء والخدمة مباح في واحدة منهن، كما هو مباح في الرجعية، وفي المبتاعة بشرط الخيار.

ولأن العتق قد وقع على واحد منهم لا بعينه، فكان له إخراجه بالقرعة، دليله: إذا أعتق المريض عبيده الثلاثة، وقيمتهم متساوية، فإنه يقرع بينهم بعد موته[١]، كذلك ها هنا.

وإن شئت قلت: أحدهم معتق فلم يتعين بالتعين، كما لو أعتق واحداً بعينه ونسيه[٢].

ولا معنى لقولهم: إنا لا نأمن أن يعين غير الذي وقع عليه العتق، وها هنا يقع على واحد لابعينه. لأنه يبطل بمن طار عليه طائر فقال: إن كان غراباً فسالم حر، وإن لم يكن غراباً فغانم حر، وطار، ولم يعلم، فإن أحد العبدين قد عتق بعينه لا محالة، وقد جهلت عينه، ومع هذا يقرع بينهما وإن (أفضى)[٣] إلى صرف الحرية [إلى][٤] غيره وقعت عليه.

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٣٧٩.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٤/ ٣٩٠.

(٣) كلمة لم تتضح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٤) ساقط من المخطوط.

[٢٣١٧/٨] **مسألة:** / إذا قال لأمتين له: إحداكما حرة، لم يجز له وطء [٤٠٦] إحداهما، وإن وطئ لم تتعين الحرية في غير الموطوءة، وكان له التعيين بالقرعة[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يتعين وكان [له][٢] صرف الحرية إلى من شاء، بناء على أصله في أن له التعيين بقوله[٣].

وخلافاً للشافعي في قوله: تتعين الحرية في غير الموطوءة، ويبطل خيار التعيين[٤].

لأن إحداهما في المعتق الذي ليس بمعين، كما هو مُحَرَّمٌ في العتق المعين، ولو أعتق إحداهما، وأُنسيها، لم تتعين بالوطء كذلك إذا لم يعين شيئاً[٥].

[٢٣١٨/٩] **مسألة:** من ملك ذا رحم محرم منه، عتق عليه[٦].

خلافاً لمالك في قوله: يعتق عليه الوالدان وإن علوا، والولد وإن سفل والإخوة والأخوات[٧].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٣٩٠؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٢٨.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٤٤.

(٤) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٥؛ والعزة المنيفة ص١٩٦؛ والذخيرة ١١/ ١٧٩.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ٣٩٠.

(٦) انظر: المغني ٨/ ٣٩٨ و ١٤/ ٣٧٤؛ شرح الزركشي ٧/ ٤٥١.

(٧) التفريع ٢/ ٢٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٤.

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يُعْتَقُ إلا الوالدان، والمولودون[1].

وحكي عن داود أنه لا يعتق عليه بالملك شيئاً[2].

فالدلالة على داود، قوله تعالى: في سورة مريم: ﴿وَمَا يَنبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾ إِن كُلُّ مَن فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلاَّ آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا﴾[3]، وقوله في سورة الأنبياء: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾[4]، فوجه الدلالة: أن الله سبحانه نفي البنوة لأجل العبودية، فدل على أنه لا يجتمع بنوة ورق، وعندهم يجتمعان.

وروى سمرة بن جندب عن النبي ﷺ قال: «من ملك ذا رحم فهو عتيق»[5].

وفي لفظ آخر: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[6].

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٥؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٠٣.

(٢) مذهب أهل الظاهر أن من ملك ذا رحم غير محرمة أو بغير رحم لا يعتق عليه فمن ملك عمه أو عمته أو خاله أو خالته لا يعتق عليه. انظر: المحلى ١٠/ ٢١٩.

(٣) مريم «٩٢-٩٣».

(٤) الأنبياء «٢٦».

(٥) رواه أبوداود في العتق: باب فيمن ملك ذا رحم محرم، (٣٩٤٩). سنن أبي داود ٤/ ٢٥، وابن ماجة في العتق: باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، (٢٥٢٤). سنن ابن ماجة ٢/ ٨٤٣، وابن الجاورد في باب ما جاء في العتاقة، (٩٧٣). المنتقى ص ٢٤٤، والحاكم في العتق، (١١/٢٨٥١). المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢٣٣، والبيهقي في العتق: باب من يعتق بالملك. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٢٨٩، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ١٦٩.

(٦) رواه أبوداود في العتق: باب فيمن ملك ذا رحم محرم، (٣٩٤٩). سنن أبي داود ٤/ ٢٥، وابن ماجة في العتق: باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، (٢٥٢٤). سنن ابن ماجة ٢/ ٨٤٣، وابن الجاورد في باب ما جاء في العتاقة، (٩٧٣). المنتقى ص ٢٤٤، والحاكم في العتق، (١١/٢٨٥١). المستدرك على الصحيحين ٢/ ٢٣٣، والبيهقي في العتق: باب من يعتق بالملك. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٢٨٩، وقد صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل ٦/ ١٦٩.

ولأن الولد بعض من الأب بدليل قول النبي ﷺ: «فاطمة بضعة مني»[١]. وإذا كان بضعاً منه عتق عليه بالمال، كما لو ملك بعض نفسه.

والدلالة على ثبوت العتق في كل ذل رحم محرم الخبر الذي تقدم.

ولأن بينهما رَحِيماً مُحَرَّمةً من جهة النسب، فأشبه الوالد، والولد، والأخ، والأخت، ولا يجوز أن نجعل العلة هناك رد الشهادة وعدم القصاص، ووجوب النفقة مع اختلاف الدين، لأن جواز الشهادة يتعلق بالبعد من التهمة، وبطلانها لوجود التهمة، ولهذا لم تقبل شهادة الفاسق مع بعد من المشهود / عليه، وكذلك شهادة العدو على عدوه، وهي بعيدة من الأخ لأخيه، فأما العتق [٤٠٧] فعليه صلة الرحم الكاملة، وهذا موجود ها هنا، وكذلك عدم القصاص لا يكون[٢] علة، لأن الابن يقتل بأبيه، ولو ملك أباه عتق عليه.

[٢٣١٩/١٠] **مسألة:** إذا ملك أباه من الزنا لم يعتق عليه[٣].[٤]

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعتق عليه[٥].

---

(١) رواه البخاري في فضائل الصحابة: باب مناقب فاطمة عليها السلام، (٣٧٦٧). صحيح البخاري ٣/ ٣٥، ومسلم في فضائل الصحابة: باب فضائل فاطمة بنت النبي عليها الصلاة والسلام، (٢٤٤٩) (٩٣) و (٩٤). صحيح مسلم ٤/ ١٩٠٢.

(٢) في المخطوط (لا يكون لا يكون) وهذا تكرار وقع سهوا من الناسخ.

(٣) في المخطوط (لم يعتق عليه لم يعتق عليه) وهذا تكرار وقع سهواً من الناسخ.

(٤) وبه قال الشافعية. انظر: كشاف القناع ٤/ ٥١٣؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٢/ ٤٧٩؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٧٣.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٢/ ٦.

لأ[نها][1] بنوة [لا] [2] يتعلق بها ثبوت نسب فلا يتعلق بها وقوع العتق، كالبنوة من الرضاعة.

[٢٣٢٠/١١] **مسألة:** إذا أعتق عبده في مرضه، وعليه دين يحيط بقيمته، ولا مال له غيره بيع في الدين، ولم ينفذ عتقه[3].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يلزم العبد أن يسعىٰ في قيمته فإذا أدىٰ صار حراً[4].

لأن العتق في المرض وصية، بدلالة أنه يعتبر من الثلث، فوجب أن يكون مقدماً عليه[5]، كالهبة.

ولا يصح قولهم: إنه وصية بالسعاية. لأن الوصية حصلت بالعتق، وإنما تقدر للسعاية من جهة الحكم.

ولا معنىٰ لقولهم: لا يمكن الجمع بين إمضاء الهبة وقضاء الدين، ويمكن الجمع بين إمضاء العتق وقضاء الدين بالاستسعاء. لأنه لا يمكن، لأن حق الورثة يتأخر، وحق العبد يتعجل.

ولأن المسألة مبنية علىٰ السعاية، وقد دللنا علىٰ بطلانها.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٣٣؛ والمغني ١٤/ ٣٨٧؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٥٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١/ ٢٧١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٠٦.

(٤) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٤١.

(٥) أي يكون الدين مقدماً علىٰ العتق.

[٢٣٢١/١٢] **مسألة**: إذا قال لعبد له ومثله لا يولد لمثله: هذا ابني لم يعتق[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعتق عليه ولا يثبت النسب[٢].

لأنا قد تيقنا كذبه في إقراره به، فوجب ألا يتعلق به حكم، كما لو قال له: أعتقتك مد[ة] [٣] ألف سنة، أو قال: استقرضت من جدك ألف درهم، وجده قد مات قبله بمائة سنة، ولا يلزم عليه إذا كان العبد يولد لمثله، فقال: هذا ابني، وهو معروف النسب من غير أن يعتق عليه، لأنه إذا كان يولد لمثله فإنا لا نتيقن كذبه، لأنه يجوز أن يكون قد وَطِئَ أمه بشبهة، فيكون ابنه حقيقة، وإن كان منسوباً إلىٰ غيره.

[٢٣٢٢/١٣] **مسألة**: إذا قال: إن كلمتُ فلاناً فعبدي حر، ثم باعه ولم يكلمه، أو باعه ثم كلمه، ثم عاد إلىٰ ملكه فكلمه ثانياً عتق[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، والثانية: إذا باعه ثم كلمه، ثم عاد إلىٰ ملكه فكلمه ثانياً، / لم يعتق، ولو لم يكلمه حتىٰ عاد إلىٰ ملكه، ثم كلمه عتق[٥]. [٤٠٨]

وخلافاً للشافعي في قوله الآخر: إذا خرج من ملكه بطلت اليمين، ولا يحنث

---

(١) وبه قال بعض الشافعية. انظر: المغني ١٤/٣٤٨؛ وكشاف القناع ٤/٥١٢؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٢٠.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٣٣.

(٣) انظر: ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٤٠٠؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٢٢.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٧٠؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص١٤٤؛ والمغني ١٤/ ٤٠٠.

بعد رجوعه سواء كلمه بعد البيع أم لم يكلمه[١].

لأن قوله: أنت حر إن دخلت الدار، معناه: وأنت عبدي، لأنه لا غرض له في منعه، وهو أجنبي منه، فيجب أن تكون يمينه مقصورة على الملك، كما لو قال: أنت حر إن ضربت عبدي الآخر، فضربه وهو ميت لم يحنث، وجعلنا الحياة شرطاً في يمينه، وكما لو قال لأجنبية: إن طلقتك فعبدي حر، أن التزويج شرط في طلاقها، وإن لم يتلفظ به، كذلك ها هنا.

[٢٣٢٣/١٤] **مسألة:** إذا أعتق الحربي عبداً حربياً في دار الحرب، ثم خرجا مسلمين بعد عتقه (يثبت)[٢] له عليه الولاء[٣].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يصح عتقه، ولا ولاء له عليه، وله أن يوالي من شاء[٤].

لأنه ينفذ عتقه في عبده المسلم، فوجب أن ينفذ في عبده الكافر، أصله: إذا كان في دار الإسلام، وكما لو كان العبد مسلماً أنه لا يملك بالقهر، والغلبة، وها هنا يملك بالقهر إذا كان حربياً عقيب العتق.

ولا معنى لعتقه لأن جواز استرقاقه لا يمنع صحة العتق، لأن مولاه حر، وإن

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٤.

(٢) في المخطوط (وثبت).

(٣) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ٢/ ٤٦٨-٤٦٩؛ وكشاف القناع ٤/ ٤٩٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٧١.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء ٢/ ٢٨٨: الولاء يثبت لكل معتق، بأي وجه، حصل العتق، سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً إلا أن الكافر لا يرث المسلم لكفره. اهـ.

جاز استرقاقه كذلك لا يمنع أن يحكم بصحة عتقه، وثبوت حريته، وإن جاز استرقاقه بعد ذلك وإبطال حريته.

[٢٣٢٤/١٥] **مسألة:** إذا قال لعبد: أنت لله، ونوىٰ به العتق وقع العتق[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقع العتق[٢].

لأن هذه لفظة تمليك، فصار كقوله: وهبتك لله، أو قال: هذا عتيق، كذلك هذا.

ولأن قوله: أنت لله، يحتمل أنت عتيق لله، أو حر لله، أو لوجه الله، ويحتمل أنت عَبْدٌ لله، أو مخلوق لله، ولا يعتق، وإذا احتمل معنىٰ العتق وغيره، وجب الرجوع إلىٰ نيته، كما لو قال: لا سبيل لي عليك، فإنه يرجع إلىٰ نيته[٣] كذلك هذا.

[٢٣٢٥/١٦] **مسألة:** إذا قال لعبده: أنت حر علىٰ ألف، أو علىٰ أن تعطيني ألفا، كان حراً بغير شيء[٤].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي، والثانية: إن قبل العبد ذلك كان حراً، وعليه

---

(١) وبه قال المالكية، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٣٤٧؛ وكشاف القناع ٤/ ٥١٢؛ وتبيين المسالك ٤/ ٥٣٦، ٥٣٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٨١.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٢/ ٥.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٣٤٦.

(٤) وبه قال ابن القاسم تلميذ الإمام مالك. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ١١٣؛ والمغني ١٤/ ٤٠٦؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٣.

الألف، وإن لم يقبل لم يعتق[١].

لأنه عقب / لفظ الحرية بلفظ لم يوضع للبدل والشرط في الأصل فوقع بغير [٤٠٩] شيء، أصل ذلك: إذا قال: أنت حر، وعليك ألف[٢]، ولا يلزم عليه إذا قال: أنت حر بألف، لأنه لفظ موضوع للبدل، ولا يلزم عليه إذا قال: أنت حر إذا أعطيتني، أو إن أعطيتني[٣]، لأن ذلك موضوع للشرط.

ولا معنى لقولهم: إن «على أن تعطيني» موضوع للبدل أيضاً بدليل قوله: «آجرتك على مائة»، فإنه يثبت العوض، كما لو قال: بمائة، لأن «على» غير موضوعة في أصل اللغة للبدل ولا للشرط.

قال علي بن عيسى الربعي في مقدمته: «على» على ثلاثة أضرب، علا يعلوا فعل، ومن على الحائط يكون اسماً، وما سوى هذين الموضعين يكون فيه حرفاً، تقول: على زيد مال، وعلى الله توكلي، وزيد على المدينه، كل ذلك حرف، ولا يشبه هذا عقد الإجارة، لأنه لو قال: أجرتك داري وعليك مائة كان عِوَضاً، كما لو قال: أجرتك على مائة. ولو قال: أعتقك وعليك مائة لم يثبت العوض، كذلك قوله: على مائة.

ولا معنى لقولهم: وعليك ألف، كلام مستأنف منفرد عن لفظ العتق، فلهذا وقع بغير شيء.

---

(١) ورجحه ابن قدامة. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٤٨؛ وروضة الطالبين ٨/ ٣٨٢؛ والروايتين والوجهين ٣/ ١١٣؛ والمغني ١٤/ ٤٠٦.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٤٠٦.

(٣) انظر: المرجع السابق.

وقوله «على مائة» تعليق عتق بشرط، فلهذا لم يقع لعدم الشرط .

لأن قولهم: «وعليك ألف» كلام مستأنف لا يصح، لأنه لو كان مستأنفاً لم يكن عوضاً في عقد الإجارة.

ولأن قوله: «وعليك» ليس بكلام مستأنف، لأن الواو للعطف والجمع، ولهذا لا يجوز الابتداء بها، فهي مثل قوله: «عليَّ ألف» ليس بكلام مستأنف.

وقولهم في علة الفرع: تعليق عتق بشرط، لا نسلمه لما بينا أنها غير موضوعة للشرط في الأصل.

وطريقة أخرى جيدة أن قوله: «أنت حر على ألف» مثل قوله: «أنت حر وعليك ألف» في ثبوت العوض، بدليل عقود المعاوضات، لا فرق بين قوله: «ابتعت منك هذا الثوب وعلي ألف» وبين قوله «ابتعت منك على ألف» في ثبوت العوض، وفي مسألتنا لو قال: «أنت حر وعليك ألف» أنه حر بغير شيء يجب أن يكون مثله في قوله: «على ألف» ليتساويا في الإسقاط كما تساويا هناك في الإثبات.

[٢٣٢٦/١٧] **مسألة:** إذا قال: كل عبد لي فهو حر، / وله عبد تاجر، [٤١٠] ولعبده عبد، فإنهم يعتقون سواء كان عليه دين، أو لم يكن، وسواء نواهم أو لم ينوهم[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن لم يكن عليه دين ونواهم عتقوا، وإن لم يكن

(١) انظر: كشاف القناع ٤/ ٥٢٧؛ وحاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٢/ ٤٨٩.

له نية، أو كانت له نية لكن عليه دين لم يعتقوا[١] .[٢]

لأنهم عبيده في الحقيقة، فيجب أن يعتقوا كما يعتق عبده التاجر نواه أو لم ينوه، وسواء كان عليه دين أو لم يكن.

[٢٣٢٧/١٨] **مسألة:** فإن قال: مماليكي، أو رقيقي أحرار، وله مكاتب دخل في هذا الإطلاق، وعتق عليه[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي [في قولهما][٤]: لا يعتق[٥].

لأنه لما عتق في خصوص العتق، وهو إذا خصه به، وجب أن يدخل في العموم، كأم الولد.

ولا معنى [لقولهم]: إنه في الخصوص يكون عبارة عن الإبراء، لأنه لو كان إبراء ما تعلق بالصفات، وقد ثبت أنه لو قال لمكاتبه: إذا جاء غداً فأنت حر عتق عند مجيء الغد[٦]، ولو قال: إذا جاء غدا فقد أبرأتك مما عليك لم يبرأ.

ولأن عتقه يتعلق بصفة، وهو الأداء، فلا يمنع ذلك من دخوله تحت العموم،

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٦٨.

(٢) مذهب المالكية في هذه المسألة: أن عبيد عبيده لا يعتقون، وذلك لعدم تناول عبيد العبيد إذ ليسوا مملوكين له، بل لعبيده، والعبد يملك عند المالكية حتى ينتزع السيد ماله، انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٦٣؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٦٣.

(٣) وبه قال المالكية. انظر: المقنع لابن قدامة ٢/ ٤٨٩؛ وكشاف القناع ٤/ ٢٥٧؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٧٢.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٦٨؛ ولم أقف على قول الشافعي.

(٦) انظر: المغني ١٤/ ٣٩٨-٣٩٩.

كعتق أم الولد، والمدبر.

[٢٣٢٨/١٩] **مسألة:** إذا قال لعبده: أنت حر كيف شئت، لم يعتق حتىٰ يشاء[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعتق في الحال شاء أو لم يشأ[٢].

لأن العتق معلق علىٰ مشيئة، فلا يقع [حتىٰ][٣] يوجد الشرط، كما لو قال: أنت حر إذا شئت، أو متىٰ شئت.

ولا معنىٰ لقولهم: إن «كيف» للصفة، ألا ترىٰ أنك إذا قلت: كيف فلان، فإنما تسأل عن حاله وصفته لا عن ذاته، ولا يجوز إثبات الصفة إلا بعد ثبوت الموصوف، فوجب أن يثبت في مسألتنا الموصوف، ثم تكون المشيئة إليه في الصفة، فإذا ثبت الموصوف، وهو الحرية[٤] فلا معنىٰ لتعليق الصفة بمشيئة، لأنه لا يجب إثبات الصفة بعد ثبوت الموصوف بل تكون مقارنة له لتعلق الطلاق بدخول لا يتقدم الموصوف، وهي الطلقة علىٰ الصفة، وهي المشيئة.

---

(١) وبه قال بعض المالكية، والشافعي. انظر: المغني ١٤/ ٤٠١؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٤٧٧؛ وتقريرات الشيخ محمد عليش المالكي بهامش حاشية الدسوقي ٤/ ٣٦٤؛ والأم ٨/ ١٨.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٦٥-٢٦٦.

(٣) في المخطوط (أو).

(٤) الحرية صفة وليست موصوفة.

كتاب المدبر[١]

[٢٣٢٩/١] **مسألة:** بيع المدبر جائز سواء كان المدبر مطلقاً، بأن يقول: إذا مت فأنت حر، أو كان مقيداً، بأن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو من سفري هذا، أو سنتي هذه، وسواء كان على سداد دين، أو لم يكن[٢].

خلافاً لأبي حنيفة / في قوله: إن كان التدبير مقيداً جاز بيعه، وإن كان مطلقاً [٤١١] لم يجز[٣].

وخلافاً لمالك في قوله: يجوز بيعه في حال الحياة، فأما بعد الموت فإن كان عليه دين جاز بيعه فيه، وإن لم يكن عليه دين وكان يخرج من ثلثه عتق جميعه، وإن لم يحتمله الثلث عتق عنه ما يحتمله[٤].

لأنها صفة في العتق إذا كانت مقيده لا تمنع من جواز البيع، فإذا كانت مطلقة لم تمنع جوازه، أصله: إذا قال: إن دخلت هذه الدار في هذا الشهر فأنت حر، أو

---

(١) المدبر: من وقع عليه التدبير من العبيد والإماء، والتدبير: مصدر دبر العبد والأمة تدبيراً: إذا علق عتقه بموته. انظر: المصباح المنير، مادة «دبر» والدرالنقي ٣/ ٨٢٣.

وشرعاً: هو تعليق عتق عبده أو أمته بموته. انظر: المغني ١٤/ ٤١٢.

(٢) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٣٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٦٧-٤٦٨؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٦؛ والتذكرة في الفقه الشافعي ص ١٧٣.

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٤٣؛ وملتقى الأبحر ١/ ٣١٠-٣١١.

(٤) انظر: التفريع ٢/ ٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨٤.

قال: إن دخلت هذه الدار، وأطلق[١]، فإنهما سواء في جواز المنع.

ولا معنىٰ لقولهم: إن ذلك العتق يبطل بالموت، وهذا ينجز بالموت، فهو يعتق أم الولد، لأن تنجزه بالموت لا يمنع جواز البيع، كالمدبر المقيد، وأما أم الولد فالحرية تثبت لها من طريق الحكم، وهذا العتق ثبت من طريق الشرط، فهو كالعتق بالصفة، ولأن استحقاق أم الولد للعتق يجري مجرىٰ استحقاق الديون، بدلالة: أن عتقها معتبر من رأس المال، كالدين، ومن لزمه دين لغيره لم يملك إبطال حقه منه، والمدبر عتقه يجري مجرىٰ الوصية[٢]، بدليل: اعتباره من (الثلث)[٣]، والوصية التي ليست منجزة لا تمنع جواز التصرف.

ولأن ذلك العتق ثابت لا يلحقه الفسخ، وهذا غير ثابت ويلحقه الفسخ، وهو إذا كان هناك دينٌ، أو عجز عن الثلث، فإنه يرد ما زاد علىٰ الثلث عندنا، وعندهم يستسعىٰ فيه.

[**٢٣٣٠/٢**] **مسألة:** ولد المدبرة بمنزلتها[٤].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يكون مملوكاً لا يعتق بالموت[٥].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤٢٠.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٤/ ٤٢١.

(٣) كلمة لم تتضح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٤) وبه قال جمهور العلماء. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٣٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٧٣؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٠؛ وشرح حدود ابن عرفة المالكي ٢/ ٦٧٥؛ ؛ وحلية العلماء ٦/ ١٨٦-١٨٧.

(٥) هذا أصح القولين عند الشافعية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص١٤٦؛ وحلية العلماء ٦/ ١٨٦-١٨٧.

لأن حق الحرية إذا ثبت للأم أثرت في الولد، كالاستيلاد، وطرده ولد المكاتبة، والمعتقة نصفه[١].

(١) انظر : المغني ١٤/ ٤٢٦ .

كتاب المكاتب[١]

[٢٣٣١/١] **مسألة:** الكتابة مستحبة وليست بواجبة[٢].

خلافاً لداود في قوله: هي واجبة إذا دعا العبدُ سَيِّدَه على أن يكاتبه على قدر قيمته، أو أكثر منها[٣].

لأن الله تعالى قال: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾[٤] فأمر بالكتابة، وكانت الكتابة محظورة قبل ذلك، بدلالة شيئين أحدهما: أنها من أكل المال بالباطل، لأن السيد يملك عبده، ويملك كسبه، فإذا كاتبه على بعض / كسبه كأنه [٤١٢] باع ماله ببعض ماله، وهو أكل المال بالباطل، وذلك محرم.

ولأن الخيار فيها يمتد إلى حال الأداء، وهذا غرر، والعقود تنفي ثبوت الغرر الكثير فيها، فثبت أن الكتابة كانت محظورة، فلما أمر الله تعالى بها كان ذلك أمراً بعد حظر، فاقتضى الإباحة[٥].

---

(١) المكاتَب: العبد الذي حصلت منه الكتابة، والكتابة: اسم مصدر بمعنى المكاتبة. انظر: المصباح المنير مادة «كتب»، والدر النقي ٣/ ٨٢٥.

وشرعاً: هو إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلاً. انظر: المغني ١٤/ ٤٤١.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المغني ١٤/ ٤٤٢؛ والتسهيل ص ١٤٩؛ ومختصر الطحاوي ص ٣٨٣؛ والتفريع ٢/ ١٣؛ والتذكرة في الفقه الشافعي ص ١٧٣؛ وتفسير القرطبي ١٢/ ٢٤٥.

(٣) انظر: المحلى ١٠/ ٢٥٧.

(٤) النور «٣٣».

(٥) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه ٢/ ٣٧٨-٣٨١.

ولأن الكتابة عقد إذا تم أفضىٰ إلىٰ الحرية، فلم يكن واجباً، كالمدبر.

[**٢٣٢٧/٢**] **مسألة:** تكره كتابة العبد الذي لا كسب له[١].

خلافاً للشافعي، والثانية: لا يكره[٢].

لقوله تعالىٰ: ﴿**فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا**﴾[٣]. فشرط، وذلك يقع علىٰ الكسب والرشد والصلاح، فروىٰ عن ابن عباس في قوله تعالىٰ: ﴿**فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا**﴾ يقول. إن علمتم لهم مالاً»[٤].

وعن مجاهد قال: ﴿**إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا**﴾ قال: «لهم مالاً فكاتبوهم»[٥].

وهو قول عطاء[٦].

---

(١) وهذا ظاهر كلام الإمام أحمد، وبه قال المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٤٤٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٤٦٥-٤٦٦؛ والمغني ١٤/ ٤٤٣.

(٣) النور «٣٣».

(٤) رواه ابن جرير الطبري في تفسيره ١٨/ ٩٨-٩٩. من طريق محمد بن سعد قال: ثني أبي، قال: حدثني عمر، قال: حدثني أبي، عن أبيه، عن ابن عباس، ورواه البيهقي في المكاتب: باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل «إن علمتم فيهم خيراً» من طريق أبي بكر بن الحسن وأبي زكريا بن أبي إسحاق قالا: حدثنا أبوالعباس محمد بن يعقوب، أنبأ محمد بن عبدالله بن الحكم، أنبأ ابن وهب، أخبرني ابن سمعان، عن مجاهد، عن ابن عباس. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٣١٨.

(٥) رواه عبدالرزاق في المكاتب: باب قوله للمكاتب: «إن علمتم فيهم خيرا»، (١٥٥٧١). من طريق الثوري، عن ليث، عن مجاهد. مصنف عبدالرزاق ٨/ ٣٧٠، وابن جرير في تفسيره ١٨/ ٩٨. من طريق ابن علية قال: ثنا عبدالله، عن ابن أبي نجيح عن مجاهد.

(٦) رواه عبدالرزاق في المكاتب: باب قوله للمكاتب: «إن علمتم فيهم خيراً»، (١٥٥٧٠). من طريق ابن جريج، عن عطاء، مصنف عبدالرزاق ٨/ ٣٦٩-٣٧٠، وابن جرير في تفسيره ١٨/ ٩٨. من طريق

وقال إبراهيم: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال: «صدقاً، ووفاءً، ووفراً، أو أحدهما»[١].

وعن الثوري ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال: «صدقاً ووفاءً»[٢].

وقد قال تعالىٰ: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾[٣] يعني: «إن ترك خيراً: مالاً»[٤].

وقال تعالىٰ: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾[٥] يعني: لحب المال[٦].

وروىٰ يحيىٰ ابن أبي كثير، عن النبيﷺ [في قوله تعالىٰ][٧]: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [قال][٨]: «إن علمتم لهم حرفة، ولا تدعوهم كلاً علىٰ الناس»[٩].

عبدالرزاق٨/ ٣٧١، قال أخبرنا ابن جريج عن عطاء.

(١) رواه عبدالرزاق في المكاتب: باب قوله للمكاتب: «إن علمتم فيهم خيراً»، (١٥٥٧٥). من طريق الثوري، عن مغيرة، عن إبراهيم. مصنف عبدالرزاق ٨/ ٣٧١، وابن جرير في تفسيره ١٨/ ٩٩ من طريق محمد بن المثنىٰ قال: ثنا محمد بن جعفر قال: ثنا شعبة، عن المغيرة، عن إبراهيم، والبيهقي في المكاتب: باب ما جاء في تفسيره قوله عز وجل «إن علمتم فيهم خيراً». السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/ ٣١٨.

(٢) رواه ابن جرير في تفسيره١٨/ ١٠٠. من طريق علي بن سهل قال: ثنا زيد، قال: ثنا سفيان.

(٣) البقرة «١٨٠».

(٤) انظر: تفسير الطبري ٣/ ٣٩٣.

(٥) العاديات «٨».

(٦) انظر: تفسير الطبري ٢٤/ ٥٦٨.

(٧) ساقط من المخطوط.

(٨) ساقط من المخطوط.

(٩) لم أقف عليه.

ولأن القصد بالكتابة العتق بوجود الأداء، والأداء إنما يكون بالمال، والمال بالاكتساب وجمع المال، وإذا لم يكن مكتسباً لم يحصل المقصود، يبين صحة هذا: أن الكتابة الحالة لم تجز[1]، لعدم المقصود، وهو حصول مال الكتابة، وهذا موجود ها هنا.

ولأنه غير قادر على الكسب فكره كتابته، كالصبي، يبين هذا: أن الصبي إن كان قادراً على الكسب صحت كتابته عندنا.

[٢٣٣٣/٣] **مسألة:** إذا كاتب عبده الصغير جاز[2].

خلافاً للشافعي[3].

لأ[نه][4] يعقل المقول، أشبه البالغ.

ولأن الكتابة تتضمن الإذن في التجارة، وعندنا للمولى أن يأذن لعبده الصغير في التجارة إذا كان يعقل البيع والشراء[5]، كذلك له أن يكاتب.

[٢٣٣٤/٤] **مسألة:** تصح الكتابة على عبد مطلق، ويدفع إليه عبداً وسطاً[6].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤٤٩.

(٢) يشترط أن يكون الصغير مميزاً. وبه قال بعض الحنفية، وبعض المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٤٤٤؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٠؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٦٠؛ والذخيرة ١١/ ٢٧١.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٧٩.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ٤٤٤.

(٦) وبه قال بعض الحنفية، وبغض المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٤٥٤-٤٥٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٢؛

خلافاً للشافعي في قوله: لا تصح[١].

لأن الكتابة ليست في الحقيقة معاوضة بدلالة / أن المولىٰ لا يثبت له علىٰ عبده [٤١٣] دين صحيح، وما وقع علىٰ هذا الوجه جاز أن يثبت فيه جنس الحيوان في الذمة غير موصوف، كالزكاة، والكفارة.

ولأن العتق فيه معنىٰ الإتلاف، فجاز أن يثبت الحيوان فيه في الذمة مطلقاً، كالقتل.

[٥/٢٣٣٥] **مسألة:** الكتابة الحالة باطلة، ولا تجوز إلا منجمة، وأقله نجمان[٢].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][٣]: تجوز، فإن أداها حين طلبها المولىٰ منه وإلا رد في الرق[٤].

لأن الأجل جعل رفقاً في الكتابة بالمكاتب، فلم يخل العقد منه، أصله: خيار المكاتب، وملك الكسب.

ولا معنىٰ لقولهم: إن الأجل جعل رفقاً في البيع، ويجوز إخلاء العقد منه،

وحاشية ابن عابدين ٥/ ٦٢؛ والذخيرة ١١/ ٢٥٢.

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٦؛ والحاوي الكبير ١٨/ ١٤٥.

(٢) وبه قال الشافعي. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٤٢؛ والمغني ١٤/ ٤٤٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٨١؛ والحاوي الكبير ١٨/ ١٤٦.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٢٨٣؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ١٧١؛ وكفاية الطالب الرباني علىٰ رسالة أبي زيد القيرواني ٣/ ٤٧٠؛ وحاشية العدوي بهامش كفاية الطالب الرباني ٣/ ٤٧٠.

لأن ما جعل رفقاً بالمكاتب مخالف لما جعل رفقاً بالمتعاقدين في سائر العقود، ألا ترىٰ أن الخيار في سائر العقود جعل رفقاً بالمتعاقدين، ويجوز إخلاء العقد منه، ولا يجوز إخلاء عقد الكتابة من خياره، كذلك في الأجل.

ولأنه عقد علىٰ صفة يتعذر معها حصول المقصود بها غالباً، فكان باطلاً، كما لو باع طائراً في الهواء، أو سمكاً في البحر[١]، وبيان تعذر المقصود غالباً أنه لا يمكن المكاتب أداء مال الكتابة إلا بأن يكتسب ويتحمل في تحصيله، وإنما يكون بأن يعقد العقد إلىٰ مدة يتمكن من الاكتساب للمال فيها، فأما إذا عقد حالاً، فإن المطالبة تتوجه عليه عقيب العقد فلا يتمكن من تحصيل المال فيتعذر حصول العتق له في الغالب، فبطل العقد، ولا يدخل عليه إذا باع شيئاً من معسر، لأن المعسر قد يكون له مال في الباطن لا يعلم، والظاهر أنه لا يبتاع إلا وهو متمكن من ثمنه، ولا يلزم عليه إذا كاتبه علىٰ مال عظيم إلىٰ يومين، لأنه يمكنه أن يقترض، ويستوهب في يومين، فيحصل المال، وفي الكتابة الحالة تتوجه المطالبة عقيب العقد فلا يمكنه تحصيل المال في تلك الحال في الغالب.

[٢٣٣٦/٦] **مسألة:** إذا كاتبه علىٰ ألف درهم إلىٰ شهر، وخدمة شهر بعده جازت الكتابة[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز[٣].

---

(١) فلا يجوز البيع للغرر. انظر: المغني ٦/ ٢٩٠.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ٤٥٦؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٢؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٦٢؛ والمعونة ٣/ ١٤٦٤.

(٣)انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ١٥٤ـ١٥٥.

ولا خلاف أنه لو كاتبه على خدمة شهر، ثم يؤدي بعده مالاً جاز[(١)].

لأن الألف والخدمة يجوز أن يكونا عوضين في هذا العقد، فلا فرق بين أن يقدم الخدمة على الألف، أو الألف على الخدمة، ألا ترى أنه لما جاز أن يكون الألف / والمائة عوضين، لم يختلف أن يقدم الألف على الدنانير، أو الدنانير على [٤١٤] الألف.

[٢٣٣٧/٧] **مسألة:** إذا كاتب عبيداً له في عقد واحد على مال واحد صحت الكتابة[(٢)].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: (لا)[(٣)] تصح[(٤)].

لأن جملة العوض من مال الكتابة معلوم، وإنما هو مجهول في التفصيل في حق كل واحد منهم، فهو كما لو باع عبيداً له من رجل بألف درهم صح، لأنه معلوم الجملة، مجهول التفصيل على قيمة كل واحد منهم، كذلك ها هنا، ولا يلزم عليه إذا قال: كاتبتك على قيمتك، أو على ما أكاتب به عبدي الآخر أنه لا يصح[(٥)]، لأن جملة العوض مجهولة، يبين صحة هذا: لو قال: بعتك عبيدي بقيمتهم، أو بما أبيع عبيدي الأخر لم يصح المعنى للذي ذكرنا، ولا يلزم عليه إذا

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤٥٥.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ٥٦٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦١؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١٧٤؛ والذخيرة ١١/ ٢٧٥.

(٣) في المخطوط (لأن).

(٤) المذهب عند الشافعية صحة الكتابة. انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ١٥٩.

(٥) انظر: المغني ١٤/ ٥٧٥.

ابتاع ثلاثة أنفس ثلاثة أعبد من رجل، كل واحد منهم عبدٌ بثمن واحد، فقال: أحدهم اشتريت أنا ميموناً، وهذا نافعٌ، وهذا مباركٌ بمائة دينار لم يصح العقد، وإن كانت جملة الثمن معلومة، لأنه لما جاز أن يعتق المكاتب بالكتابة الفاسدة جاز أن يعتق بالمجمل منها، والبيع بخلافه.

ولأن المقصود من الكتابة تغليب العتق، والمقصود في البيع الأعواض، فلهذا فرقنا بينهم، ولهذا المعنىٰ قلنا: إذا تزوج أربع نسوة بألف، أو خالع أربع بألف أنه يصح، لأنه يصح النكاح بالعوض الفاسد[١]، ويقع الطلاق في الخلع الفاسد[٢].

[٢٣٣٨/٨] **مسألة:** ويكون كل واحد منهم مكاتباً بقدر قسطه من المال، فإذا أداه عتق، ولا يتعلق أداؤه بأداء غيره، وإن عجز نفسه، وفسخ السيد كتابته لم تنفسخ كتابة غيره[٣].

خلافاً لمالك في قوله: يكون كل واحد منهم كفيلاً ضامناً لما كوتب عليه أصحابه، فلا يعتق واحد منهم إلا بعد أداء الجميع، وإن امتنع واحد من الاكتساب كان للباقين إجباره علىٰ ذلك[٤].

لأن الكتابة معاوضة مطلقة، فلم يلزم المعاوض فيها إلا بحصته من العوض، كالبيع، وعلىٰ هذا أصول المعاوضات كلها، وهو أنها عند الإطلاق لا يلزم فيها إلا

(١) انظر: مسألة (١/ ١٣٠٣)، وص١١٧ ومسألة (٦/ ٣٦٤).

(٢) انظر: مسألة (١/ ١٣٠٣)، ومسألة (٦/١٣٦٧).

(٣) وبه قال الشافعي. انظر: المغني ١٤/ ٥٦٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٢؛ والحاوي الكبير ١٨/ ١٥٩.

(٤) وبه قال بعض الحنفية. انظر: التفريع ٢/ ١٦؛ والذخيرة ١١/ ٢٧٦؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١٧٤.

قدر ما يخص كل واحد من العوض، وإنما يلزمه أكثر من ذلك عند التقييد، والضمان عن غيره.

وقولنا: «معاوضة» احتراز منه إذا علق عتقهم بصفة، هي أداء مال، فقال: إن أعطيتموني ألفاً فأنتم أحرار[١].

وقولنا: «مطلقة» / احتراز منه إذا كان كل واحد منهم كفيلاً، ضامناً عن [٤١٥] صاحبه[٢].

[٢٣٣٩/٩] **مسألة:** فإن كاتب عبيداً له كتابة واحدة، وشرط أن كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه، أو ضمن عنهم عبيداً آخرين لم يدخلوا في عقد الكتابة، أو ضمن عنهم حر، فالحكم في ذلك سواء، وفيه روايتان نص عليهما فيمن لم يدخل معهم في عقد الكتابة، أحدهما: تصح، والثانية: لا تصح[٣]، وهو قول الشافعي[٤].

وقال أبوحنيفة، ومالك: إذا كاتب جماعة عبيد، وشرط أن كل واحد منهم

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٦٥.

(٢) نص ابن قدامة على أن من شرط عليهم في العقد، أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح. انظر: المغني ١٤/ ٥٦٦.

(٣) رجح القاضي أبو يعلى عدم الصحة، لأنه مال غير لازم، ولا يفضي إلى اللازوم. انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ١٢١.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٥٦٦؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٢؛ والحاوي الكبير ١٨/ ١٦٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥١٢.

(كفيل)[1] (ضامن)[2] عن صاحبه جاز، فأمَّا إن كفل بمال الكتابة من لم يدخل معهم في عقد الكتابة لم تصح الكفالة سواء كان الكفيل حراً أو عبداً[3].

لأن مال الكتابة دين على المكاتب، فجاز أخذ الكفالة به، دليله: سائر الديون[4].

ولا معنى لقولهم: سائر الدين مستقر، ومال الكتابة ليس بثابت، لأنه لا يمتنع أن يصح، ويكون مراعى، فإن أقام المكاتب على الوفاء، وحلت النجوم عليه كان السيد بالخيار بين المطالبة للكفيل بالمال الذي تكفل به، أو المكاتب، فإن عجز بَرِئ الكفيل كما قلنا وأبو حنيفة في الكفالة بالمال الذي لم يجب يصح، ويكون مراعى، فإن ثبت في ذمة المضمون عنه كان للمضمون له مطالبة من شاء منهما، وإن لم يثبت لم يملك، ولما قال الجميع، تصح الكفالة بالمسلم فيه، ويكون مراعى، فإن كان المسلم فيه موجوداً عند المحل كان للمسلم مطالبة من شاء، وإن تعذر كان للمسلم الخيار في الفسخ فيبطل الضمان، ومن أنظر حتى يوجد فيطالب الضامن، ولا ضمان بمال الكتابة فصح، دليله: إذا كاتب جماعة، وشرط أن كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه صح عند أبي حنيفة ومالك[5].

ولا معنى لقولهم: إنه إذا ضمن من دخل معه في العقد، فعتق كل واحد

---

(١) في المخطوط (كفيلاً).

(٢) في المخطوط (ضامناً).

(٣) انظر: النتف في الفتاوى ١/ ٤٢٦؛ والتفريع ٢/ ١٦ .

(٤) انظر: كتاب الروايتين والوجهين ٣/ ١٢١ .

(٥) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤١٣؛ والمعونة ٣/ ١٤٧٤ .

منهما موقوف على أداء نصيبه ونصيب صاحبه، فلهذا صح، فأما من لم يدخل معهما في الكتابة لم يصح لئلا يلزم الضامن ما لم يكن لازماً، لأن مال الكتابة غير مستقر، لأنا لا نسلم أن عتق كل واحد موقوف على أداء نصيب صاحبه، بل هو موقوف على أداء نصيبه وما لزمه بالضمان موقوف على قيام صاحبه على الأداء.

[٢٣٤٠/١٠] **مسألة:** إذا امتنع المكاتب من الوفاء، ومعه مال يفي بما عليه، وقلنا إنه لا يعتق بملك الوفاء. لم يجبر على الأداء، ويكون للسيد الفسخ[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان له مال يجبر على أدائه، / وإن لم يكن له [٤١٦] مال لم يجبر على الاكتساب، وهو اختيار أبي بكر[٢].

لأن مالم يجبر العبد على فعله إذا لم يجعل شرطاً لعتقه لم يجبر عليه، وإن جعل شرطاً لعتقه، كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، وعكسه إذا قال: إن صليت فأنت حر، فإنه يجبر على فعل ذلك إذا جعل شرطاً لعتقه، لأنه يجبر عليه إذا لم يجعل شرطاً لعتقه.

[٢٣٤١/١١] **مسألة:** إذا مات المكاتب انفسخت الكتابة سواء خلف وفاء أو لم يخلف، ويكون عبداً لا يلحقه عتاق بعد ذلك[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: لا يبطل إذا خلف وفاء، ويكون لسيده بقية كتابته، والباقي لورثته، إلا أن أباحنيفة يقول: يعتق في آخر جزء من أجزاء

(١) وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٥١٢؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٥٩؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٠٥.

(٢) وبه قال المالكية. انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٢٨٣؛ والمغني ١٤/ ٥١٢-٥١٣؛ والمعونة ٣/ ١٤٧٥.

(٣) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٤٦٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٥٠٠-٥٠١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٠٦.

حياته، فيموت عبده حراً[١].

لأنه مكاتب مات قبل البراءة مما عليه، فوجب أن [تنفسخ][٢] الكتابة، أصله إذا مات ولم يخلف وفاء.

ولأن ما يعتق به المكاتب في حال حياته لا يعتق به بعد موته، كالإبراء، وذلك إذا كان معسراً، فأبرأه السيد لم يعتق، ولو وجد في حياته بريء وعتق، كذلك إذا وجد الأداء بعد موته، وليس لهم أن يقولوا: إن الإبراء يصح بعد موته ويعتق، لأنه إذا مات عاجزاً سقط الدين عنه، لأن الميت لا ذمة له، فإذا لم يخلف تركة سقط الدين عنه، فلا يصح الإبراء، لأنه إبراء مما هو ثابت.

ولأنه إذا أدىٰ بعد موته لم يخل: إما أن يعتق بعد الأداء، أو يتبين بالأداء له عتق الأداء في آخر جزء من حياته، ولا يجوز أن يقال يعتق بعد الأداء، لأن الميت لا يقع عليه العتق، ولا يجوز أن يتبين بالأداء أنه كان حراً في آخر جزء من أجزاء حياته، [لأنه][٣] أداء صفة لوقوع العتق المعلق بالصفة فلا يسبق وجودها، وإنما يتعقب وجودها. لأنه معلق بها.

ولا معنىٰ لقولهم: إن العتق المعلق بصفة[٤] يبطل بموت المولىٰ، فبطل بموت

---

(١) وبه قال المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٣٠٠؛ والمغني ١٤/ ٤٦٦؛ والمعونة ٣/ ١٤٧٢؛ والذخيرة ١١/ ٣١٠.

(٢) في المخطوط (تنقسم).

(٣) في المخطوط (لأن).

(٤) مثال ذلك إذا قال: إن أديت إلي الفا فأنت حر، فلم يود حتىٰ مات المولىٰ. انظر: المغني ١٤/ ٤٠٢

العبد، وها هنا لا يبطل بموت أحد العاقدين، ولا يبطل بموت العاقد الآخر، كالبيع، لأن عتق أم الولد لا يبطل بموت المولىٰ، ويبطل بموتها، وكذلك المدبر.

ولا معنىٰ لقولهم: لا يمتنع أن يحصل العتق قبل الأداء، ألا ترىٰ أن رجلاً لو مات وترك ابنين وألف / درهم، وعليه دين الألف درهم، أنهما لا يرثان الألف، [٤١٧] ولو مات أحد الابنين وترك ابناً، ثم أبرأ الغريم، أخذ ابن الميت حصته بإرثه عن أبيه، وإن لم يكن أبوه مالكاً له يوم الموت، إلا أنه جعل في حكم من كان مالكاً لتقدم سببه، كذلك المكاتب يعتق بالأداء قبل الموت فلا فصل ويجعله كأن الأداء حصل قبل الموت، وكذلك لو حفر بئراً في غير ملكه لم يتعلق عليه ضمان الحفر، ثم لو مات، فوقع فيها إنسان تعلق عليه ضمانه [١]، وصار عند الوقوع كالدافع له عند وجود السبب منه، وهو الحفر، وكذلك إن ابن الميت يأخذ حصته بميراثه عن أبيه، لأن أباه كان مالكاً له يوم الموت، لأن التركة تنتقل إلىٰ الورثة إذا كان هناك دين ويجب عليهم القضاء من أين شاؤوا، وهذا أصل مذكور في غير هذا الموضع، وأما حفر البئر فإنما جعلنا الوقوع فيها كالموجود بحال الحياة لئلا تهدر الجناية، فأما العتق فإنه مخالف للجناية في ذلك، ألا ترىٰ: أن أم الولد، والمدبرة إذا ماتت، ثم مات المولىٰ لايحكم بعتقها في آخر جزء من أجزاء حياتها، وكذلك إذا أوصىٰ بأن يعتق عنه عبداً بعينه بعد موته، فمات ومات العبد قبل أن يعتقه الوصي، ثم أعتقه لم يصح، ولا يجوز أن يقال: إنه يعتق في آخر حياته، وكذلك إذا كان له شريك في عبده، فأوصىٰ بعتق نصيبه بعد موته، فأعتقه الوصي لم يقوم

---

(١) انظر: المغني ١٢/ ٨٨.

نصيب شريكه عليه، ولا يقال: أنه يصير بمنزلة ما لو أعتقه في آخر حياته فيلزمه ضمانه، كما يلزمه ضمان ما وقع في البئر، كذلك ها هنا.

[**٢٣٤٢/١٢**] **مسألة**: الإيتاء في الكتابة واجب، وهو أن يحط السيد عن عبده بالإبراء ربع مال الكتابة، أو يعطيه مما قبضه ربع ذلك[١].

خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [في قولهما][٢]: الإيتاء يستحب وليس بواجب[٣].

والشافعي في قوله: هو واجب إلا أنه غير مقدر[٤].

فالدلالة على وجوبه أنه اخراج مال ورد القرآن به بلفظ الإيتاء فكان واجباً، كالزكاة، وذلك أن الله تعالى قال: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾[٥]. وقال ها هنا: ﴿ وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾[٦]. ولأ [نه][٧] حق جعل في الكتابة رفقاً بالمكاتب فكان مستحقاً، أصله: الكسب، وخيار الفسخ.

ولا معنى لقولهم: إنا لا نسلم أنه حق له، لأن لفظة الحق قد تطلق فيما لم

(١) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٤٢؛ والمغني ١٤/ ٤٥٨؛ وشرح الزركشي ٧/ ٤٨٥.

(٢) ساقط من المخطوط

(٣) انظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص ٥٤٧؛ والتفريع ٢/ ١٣.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٤٩٨-٤٩٩.

(٥) البقرة «٤٣، ٨٣، ١١٠»، والنساء «٧٧»، والنور «٥٦» والمزمل «٢٠».

(٦) النور «٣٣».

(٧) ساقط من المخطوط.

يكن واجباً، كقوله ﷺ «[ما][1] من صاحب إبل لا يؤدي حقها / إلاَّ بُطِحَ بقاعٍ [٤١٨] قَرْقَرْ»[2]، قيل وما حقها؟ قال: «إعارة دلوها»[3].

وكما روىٰ أبوهريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «حق علىٰ كل مسلم أن يغتسل كل سبعة أيام، وأن يمس طيباً»[4].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه يبطل بنفس الكتابة أنها حق له ولا يجب، لأنا قلنا: جعل في الكتابة.

ولأنه لا يمتنع أن يجب جملة العقد ويجب شرطه إذا كان رفقاً، كالكسب، واستتباع الولد جعل رفقاً له إذا وجد العقد، وإن لم يكن أصل العقد واجباً.

ولأن العبد أحد (المكاتبين)[5]، فجاز أن يستحق علىٰ صاحبه شيئاً سوىٰ المشروط في العقد مما ينفك العقد عنه غالباً، دليله: السيد استحق علىٰ العبد سوىٰ المشروط في العقد وهو الولاء، كذلك العبد وجب أن يستحق علىٰ السيد غير المشروط في العقد، وليس إلا الإيتاء.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) القرقر: هو المكان المستوي. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٤/ ٤٨.

(٣) رواه مسلم في الزكاة: باب إثم مانع الزكاة (٩٨٧) (٢٤) (٢٦)(٢٧) صحيح مسلم ٢/ ٦٨٠-٦٨٥.

(٤) رواه البخاري في الجمعة: باب هل علىٰ من يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان وغيرهم؟ (٨٩٧). صحيح البخاري ١/ ٢٨٥، ورواه مسلم في الجمعة: باب الطيب والسواك يوم الجمعة، (٨٤٩) (٩). صحيح مسلم ٢/ ٥٨٢.

(٥) في المخطوط (المكاتين).

وليس لهم أن يقولوا بموجب العلة وأنه يستحق غير المشروط في العقد، وهو الكسب، وإتباع الولد، لأنا قد احترزنا بقولنا: «مما ينفك العقد عنه غالباً». والعقد لا ينفك من حصول الكسب والأولاد غالباً.

والدلالة على أن ذلك مقدر بالربع: حديث علي عن النبي ﷺ [أنه][1] قال [في قوله تعالى][2]: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾[3]. قال: «ربع المكاتبة»[4].

ولأنه إذا لم يكن مقدراً استحق على سيده من مال الكتابة مالاً مجهولاً، وجهالته توجب جهالة العوض في عقد الكتابة، وجهالة العوض في الكتابة توجب فسادها، فوجب أن يكون مقدراً ليصح العقد.

ولا معنى لقولهم: العوض الذي عقد به الكتابة معلوم وإنما يطرأ عليه الاستحقاق، وهذا لا يؤدي إلى جهالة العوض حال العقد، كما نقول في الرجوع بأرش العيب، وذلك أن الأرش لا يستحق بالعقد وإنما يستحق رد المبيع، فإذا تعذر الرد بعيب حادث، أو هلاك المبيع رجع بالأرش، فالجهالة لا تفارق العقد،

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) النور «٣٣».

(٤) رواه البيهقي في المكاتب: باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل: «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم». من طريق ابن جريج، أخبرني عطاء بن السائب أن عبد الله بن حبيب أخبره عن علي بن أبي طالب به قال البيهقي: الصحيح أنه موقوف. السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٣٢٩. قال الحافظ ابن كثير في تفسيره ٥/ ٩٧: وهذا حديث غريب، ورفعه منكر، والأشبه أنه موقوف على علي رضي الله عنه.

والإيتاء يستحق بالعقد، وهو مجهول، وجهالته تفضي إلىٰ جهالة رأس مال الكتابة، وجهالته توجب بطلان العقد.

ولأن أرش العيب لا يمكن تقديره، لأنه يختلف باختلاف كثرة العيب وقلته، وهذا لا يعلم، والإيتاء يمكن / تقديره، فلهذا وجب تقديره، وهذا حل. [٤١٩]

ولأنه مال ورد القرآن فيه بلفظ الإيتاء، فكان مقدراً، كالزكوات.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه لا يمتنع أن يكون واجباً ولا يكون مقدراً، كالمتعة، ونفقة الأقارب، وأروش الجنايات، وقيم المستهلكات، وذلك أن المتعة مقدرة عندنا بما تجوز الصلاة فيه.

ولأن جهالة المتعة لا تشبه جهالة الإيتاء، لأن جهالة العوض في عقد النكاح لا يوجب إبطاله[١]، وجهالة العوض في الكتابة توجب إبطالها[٢]، وأما نفقة الزوجة فلها نظير في الأصول، وهو نفقة الخادم، والأقارب، وذلك غير مقدر، كذلك نفقة الزوجة، ونفقة الأقارب لم تتقدر إجماعاً[٣]، فلا تحتاج إلىٰ دليل، وأما أروش الجنايات، وقيم المستهلكات فلا يمكن تقديرها، لأنها بدل عن متلف، وذلك يختلف بكثرته وقلته.

[٢٣٤٣/١٣] **مسألة:** يجوز بيع رقبة المكاتب[٤].

(١) انظر: المغني ١٠/ ٩٨.
(٢) انظر: المغني ١٤/ ٤٤٩-٤٥٠.
(٣) انظر: المغني ١١/ ٣٥٢.
(٤) انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٥٠؛ والمغني ١٤/ ٥٣٥.

خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي في الجديد: لا يجوز[1].

لأن الكتابة عتق معلق بصفة صدر عن قول فلم يمنع البيع، دليله: إذا علق عتقه بدخول الدار، والتدبير، ولايلزم عليه أم الولد، لأن عتقها صدر عن فعل، وهو الإحبال.

ولأن نقل المكاتب صحيح، بدليل: أنه لو زوج من ابنته، ومات السيد ملكته بالميراث، وانفسخ النكاح عندنا، وعند الشافعي[2]، وكل ما صح نقل المكاتب فيه بالإرث صح بالبيع، كالعبد القن، وكذلك يجوز عتقه في الكفارة عندنا وعند أبي حنيفة[3].

[٢٣٤٤/١٤] **مسألة:** لا يجوز بيع المال الذي على المكاتب[4].

خلافاً لمالك [في قوله][5]: يجوز بيعه، فإن كان ذهباً أو فضةً باعه بعرض معجل، وإن كان عرضاً باعه بذهب أو فضةٍ معجل، ويؤدي إلى المشتري نجومه فإذا أدى إليه عتق، وكان ولاؤه لسيده الذي كاتبه، وإن عجز استرقه المشتري[6].

---

(١) وبه قال بعض المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٣٠٢؛ والتبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧؛ والذخيرة ١١/ ٢٩٢.

(٢) انظر: المغني ٩/ ٥٧٦؛ والمهذب ٤/ ١٥٦.

(٣)انظر: المقنع لابن قدامة ٣/ ٢٤٩؛ وفتح القدير ٤/ ٢٦١.

(٤) وبه قال الحنفية، وهو أصح القولين عند الشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٥٣٨؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٥٥؛ ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤٢٩؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧.

(٥) ساقط من المخطوط.

(٦) انظر: التفريع ٢/ ١٤.

لأنه بيع دين، فلم يصح، دليله السلم في ذمة الرجل لا يجوز بيعه[(١)]، ولا يلزم عليه بيع الدين ممن هو عليه، لأن فيه روايتين.

ولأن مال الكتابة غير مستقر في ذمة المكاتب، لأنه يملك الامتناع من أدائه مع القدرة عليه، ويملك فسخ الكتابة[(٢)]، فلم يصح بيعه، كالمبيع بشرط الخيار لا يباع في مدة الخيار.

ولأن بيع المال الذي على المكاتب يفضي إلى جهالة المعقود عليه حال العقد، لأنه لا يدري هل يسلم مال الكتابة أولا ويتحصل له رقبته، فيقع العقد على المال والرقبة، وهذا يوجب جهالة المعقود عليه، فوجب ألا / يصح، كما لو قال: [٤٢٠] بعتك أحد هذين العبدين.

[١٥/٢٣٤٥] **مسألة**: إذا كاتب عبده على ألف درهم، ولم يقل إن أديت فأنت حر، ولا نواه، فهو جائز، ويعتق إذا أدى الألف[(٣)].

خلافاً للشافعي في قوله: لا يعتق إلا أن يقول: إذا أديت إليَّ فأنت حر، أو ينوي الحرية بالأداء في عقد الكتابة[(٤)].

لأن الكتابة اسم يتضمن الحرية بالأداء، كالبيع، والإجارة، والخلع يتضمن ما تحته من تمليك العين، أو المنافع، أو البضع، فكما لا يحتاج إلى شرط الملك فيما

---

(١) انظر: المغني ٥٣٨/١٤.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ٤٤٥/١٤؛ وكشاف القناع ٥٤١/٤؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٦٧؛ والذخيرة ٢٤٨/١١.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٦.

ذكرنا، كذلك يجب ألا يحتاج إلىٰ شرط في الكتابة، ولا عتق معلق بشرط، أشبه التدبير، وقد ثبت أنه لو قال: دبرتك، ولم يقل: فإذا مت فأنت حر أنه يعتق بالموت[1]، كذلك ها هنا.

[٢٣٤٦/١٦] **مسألة:** إذا مات مولىٰ المكاتب، وخلف ابنين، فأعتق أحدهما نصيبه عتق[2].

خلافاً لأبي حنيفة [في قوله][3]: لا يعتق[4].

لأنه إذا أعتقه فقد أبرأه من جميع حقه، فوجب أن يعتق، كما لو أعتقاه جميعاً، ولا يلزم عليه إذا أبرأه المولىٰ عن بعض مال الكتابة، لأنه لم يبرئه من جميع حقه.

[٢٣٤٧/١٧] **مسألة:** إذا كاتبه كتابة فاسدة، ثم مات المولىٰ، فأدىٰ المال إلىٰ الورثة عتق[5].

خلافاً للشافعي [في قوله]: لا يعتق[6].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤١٣.

(٢) وهو أحد القولين للشافعي. انظر: المغني ١٤/ ٤٧١؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٣؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) وبه قال مالك. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٣٠٢؛ والذخيرة ١١/ ٣٢٠.

(٥) وبه قال بعض الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ٥٤١؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٦؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ١٧٢؛ والذخيرة ١١/ ٣١٧.

(٦) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨.

لأنه مكاتب لو أدىٰ المال إلىٰ المولىٰ عتق، فإذا أدىٰ إلىٰ الورثة بعد موت المولىٰ يجب أن يعتق، كما لو كانت الكتابة صحيحة، يبين صحة هذا: أن الكتابة الفاسدة، كالصحيحة[1]، بدليل: أنه يستتبع الأولاد، فيعتق ولد المكاتبة بالأداء، كما تعتق الأم، ويستتبع الكسب فيها، كالصحيحة، فيجب أن يكون الأداء إلىٰ الوارث كذلك.

[٢٣٤٨/١٨] **مسألة:** الكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة[2].

خلافاً للشافعي في قوله: تفسد[3].

لأن الكتابة عقد علىٰ ما لا يقصد منه المال، فلا تبطله الشروط الفاسدة، كالنكاح لو تزوجها علىٰ ألا يطأها، ولا ينفق عليها صح النكاح وبطل الشرط، ولا يلزم عليه البيع، والإجارة، لأن القصد منه المال.

[٢٣٤٩/١٩] **مسألة:** إذا كاتبه علىٰ خمر، أو خنزير، فأدىٰ ذلك إلىٰ السيد عتق، ولم يغرم قيمة نفسه[4].

خلافاً للشافعي في قوله: يغرم[5].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٧٦-٥٧٧.

(٢) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المغني ١٤/ ٥٧٦؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٧؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ١٧٢؛ والذخيرة ١١/ ٢٤٩.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٤٤٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٦.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ١٧٢؛ والذخيرة ١١/ ٢٥٧.

لأنه أداء يقع به العتق، فلم يجب معه غرامة القيمة، دليله: العوض الصحيح.

ولأن عند الشافعي المغلب في الكتابة الفاسدة الصفة، ولهذا قالوا: إذا أدىٰ إلىٰ ورثته لا يعتق، وقد ثبت أنه لو قال: إن جئتني بخمر، أو خنزير فأنت حر، فإذا جاءه / عتق، ولا غرم، كذلك ها هنا، وأما علىٰ أصلنا فالمغلب فيها [٤٢١] العوض، ولهذا قال: إذا أدىٰ إلىٰ الورثة عتق، وغير ممتنع أن يكون حكمها حكم الكتابة الصحيحة في حصول المقصود، وهو العتق، ولا يكون في حكمها في باب العوض، كالخلع علىٰ عوض فاسد حكمه حكم الصحيح في حصول المقصود، وهو الفرقة، وليس في حكمه في استحقاق القيمة.

[٢٣٥٠/٢٠] **مسألة:** للأب ووصي الأب أن يكاتبا عبد الصغير، ولهما أن يعتقاه علىٰ مال[١].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز له أن يكاتب عبدالصغير، ولا يجوز العتق علىٰ مال[٢].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز له أن يكاتب، ولا يعتق علىٰ مال[٣].

فالدلالة علىٰ صحة الكتابة: أنها عقد معاوضة يملكها الأب، والوصي علىٰ عبد الصغير، كالبيع، ولا يلزم عليه: الهبة بشرط العوض، لأنها تصح كما يصح

(١) وبه قال المالكية. انظر: حاشية مقنع ابن قدامة بهامشه ٢/ ٤٩٩؛ والذخيرة ١١/ ٢٦٤-٢٦٥.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٢٨٩.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ١٤٣.

العتق على مال، ولا يلزم عليه عقد النكاح، لأن له ذلك. نص عليه في رواية مهنا، وكذلك الأمة إذا رأى فيه حظاً.

ولا معنى لقوله: لاحظ في الكتابة لايبع ماله بماله، ولا يبع بعوض مؤجل منجم، ولأن فيها تغريراً، لأنه لا يؤمن أن يتلف كسبه، ثم يعجز نفسه، فإن فسخ الولي عقد الكتابة ورده في الرق، يكون قد خسر الكسب، لأن قولهم: «إنه بيع ماله بماله» ليس بصحيح، لأن ما يكسبه بعد الكتابة لا يكون مالاً له، كما أن ما يكسبه بعد البيع لا يكون مالاً للصبي.

وقولهم: «إنه بيع بعوض منجم» غير ممتنع، كما لو أسلم له في طعام، أوباع له سلعة بثمن مؤجل، وقد نص أحمد على جواز قرض مال اليتيم من نفسه[١].

وقولهم: «لا يؤمن أن يتلف كسبه، ثم يعجز لا يصح، لأن ما يكسبه بعد الكتابة لا يكون مالاً له، كما أن ما يكتسبه بعد البيع لا يكون للصبي.

والدلالة على جواز عتقه على مال: أنه عتق على مال أشبه الكتابة.

[٢٣٥١/٢١] **مسألة:** فإن كاتب عبده في مرض موته، ولم يعتبر قيمته من الثلث، فيكون إطلاق الوصية منصرفاً إلى قيمته، وكذلك إن أوصى أن يكاتب عبده[٢].

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: إن خرجت قيمته من الثلث لزمه الكتابة في حقه وحق الوارث وإن لم تخرج من الثلث مثل إن لم يخلف غير هذا المكاتب

(١) انظر: المغني ٦/ ٣٤٤.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٥٢٨؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٠.

لزمت الكتابة في ثلثه[١].

لأنه وصية بعقد معاوضة، أشبه إذا أوصىٰ ببيع عبده من زيد، وقد بينا أن الكتابة عقد معاوضة وليست في تبرع في المسألة التي قبلها.

[٢٣٥٢/٢٢] **مسألة:** إذا جنىٰ بعض عبيد المكاتب علىٰ بعض جناية توجب القود / لم يكن للسيد المكاتب القصاص. ذكره أبوبكر[٢]. [٤٢٢]

وعلىٰ قياس هذا: إذا جنىٰ علىٰ المكاتب جناية توجب القصاص لم يكن له القصاص إلا عن رضا السيد.

خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم: للمكاتب أن يقتص من بعض عبيده، ويقتص ممن جنىٰ عليه ولا يعتبر رضا السيد[٣].

لأن القصاص من عبيده يسقط حق سيده من العبيد الذي في يده، فلا يملك، كما لو أعتقهم، وكذلك إذا اقتص للجناية عليه ربما عجز فعاد إلىٰ السيد ناقص الأعضاء، والقيمة، وليس كذلك إذا أخذ الأرش، لأنه قد أخذ العوض في مقابلة ذلك.

[٢٣٥٣/٢٣] **مسألة:** فإن جنىٰ المكاتب جنايات، فأعتقه السيد، ضمن أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجنايات كلها. ذكره أبوبكر[٤].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٢٨٨ـ٢٨٩

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٥٢٢؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٨.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٢٧٤ـ٢٧٥.

(٤)) انظر: المغني ١٤/ ٥١٧؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٢٢.

خلافاً للشافعي في أحد القولين: يضمن أقل الأمرين من قيمته، أو أرش كل جناية[١].

وفائدة الخلاف على قولنا: لا يضمنه إلا بقيمة واحدة، وعلى قولهم: إن كانت الجناية عشرين يستغرق كل واحدة منها قيمته، فعليه عشرون قيمة.

لأنه أتلف محل الاستحقاق دفعه بمعنى واحد، وهو العتق، فهو كما لو قتله لم يكن عليه إلا أقل الأمرين من قيمته دفعه، أو أرش الجنايات كلها[٢]، كذلك هاهنا.

[٢٣٥٤/٢٤] **مسألة:** للمكاتب أن يكاتب[٣].

خلافاً للشافعي في قوله: إن كاتبه بغير إذن السيد لم تصح الكتابة قولاً واحداً، وإن كاتبه بإذنه فعلى قولين[٤][٥].

لأنه عقد معاوضة فللمكاتب أن يعقده، كالبيع، ولا يلزم عليه العتق على مال، والهبة بشرط العوض، لأنه يجوز، ولايلزم عليه عقد النكاح على عبده وأمته، لأنه يجوز ذلك.

[٢٣٥٥/٢٥] **مسألة:** إذا كاتب المكاتب فولاء الثاني لمولى الأول بكل حال

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٢٧٥-٢٧٦.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٥١٧.

(٣) وبه قال الحنفية، وهذا مقيد عند الحنابلة بإذن السيد. انظر: المقنع لابن قدامة ٢/ ٥٠٣؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٨؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١٧٢.

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧.

(٥) مذهب المالكية في هذه المسألة: أنه ليس للمكاتب أن يكاتب عبده إلا أن يكون ذلك نظراً له وزيادة في قوته على أداء كتابته. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩١.

سواء أدىٰ الثاني قبل الأول أو بعده[(١)].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: إن ولاء الثاني موقوف، فإن عتق الأول كان له، وإن لم يعتق حتىٰ مات كان لمولىٰ الأول[(٢)(٣)].

والدلالة علىٰ أنه لمولىٰ الأول، هو أن الأول كاتبه في حالة لا يجوز أن يثبت ولاؤه له، فوجب أن يثبت لمولاه، وإذا ثبت لمولاه لم ينتقل بعد ذلك إلىٰ غيره، كما لو أدىٰ الثاني قبل الأول، وكما لو عجز الأول ثم أعتقه المولىٰ، ولا يجوز أن يقال: إنه لم يكن حال الكتابة ممن يثبت ولاؤه له عليه يكون موقوفاً إلىٰ أن يصير ممن يثبت له الولاء، كما لا يجوز أن يقال ذلك فيما استشهدنا به، وهو إذا عجز وأعتقه المولىٰ.

[٢٣٥٦/٢٦] **مسألة:** / إذا اختلف المولىٰ والعبد في مقدار مال الكتابة[٤٢٣] فالقول قول المكاتب[(٤)].

---

(١) وبه قال بعض المالكية، أما المذهب عند الحنابلة فإنَّه إذا أدىٰ المكاتب الأول قبل أن يؤدي إليه مكاتبه ما كوتب عليه فيكون ولاء كل منهما لسيده الذي كاتبه، وإذا أدىٰ الثاني ما كوتب عليه لسيده المكاتب قبل أن يؤدي المكاتب الأول فيكون ولاؤه لسيد المكاتب الأول. وبه قال الحنفية. انظر: كشاف القناع ٤/ ٥٤٨-٥٤٩؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩١؛ وملتقىٰ الأبحر ٢/ ١٧٢.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٢٤٢-٢٤٤.

(٣) وبه قال الحنفية، والمالكية. المذهب عند الحنابلة أن القول قول السيد مع يمينه. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٥٢؛ والمغني ١٤/ ٥٥٢؛ ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤١٨؛ والذخيرة ١١/ ٢٩٨.

(٤) وبه قال الحنفية، والمالكية. المذهب عند الحنابلة أن القول قول السيد مع يمينه. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٥٢؛ والمغني ١٤/ ٥٥٢؛ ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤١٨؛ والذخيرة ١١/ ٢٩٨.

خلافاً للشافعي، وأبي بكر [في قولهما][١]: يتحالفان، ويترادان[٢].

لأن الكتابة عقد على عتق بمال، فصار مثل العتق على مال، وقد ثبت أنهما لو اختلفا في البدل المذكور فيه لم يجب التحالف والقول قول العبد، كذلك هاهنا.

ولأنها يمين لا يحتاج إليها في فسخ العقد، لأن المكاتب يملك فسخ العقد من غير تحالف، فلا يحتاج إلى اليمين، كما لو اعترف له المكاتب بحق، فأدى حقاً غيره.

[**٢٣٥٧/٢٧**] **مسألة:** وإذا وهب المكاتب ماله بإذن سيده صح[٣].

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: لا يصح[٤].

لأنه ممنوع من هبته لحق سيده، فإذا أذن له صحت الهبة، أصله: العبد المأذون له في التجارة، والعبد بين اثنين إذا أذنا له في الهبة.

ولأن المال الذي في يده لا يخرج من بينهما، لأنه إن عتق استقر ملكه عليه، وإن رق استقر ملك سيده عليه، وقد اتفقا على الهبة، فوجب أن تصح الهبة، كالراهن والمرتهن والشريك في العبد، ولا يلزم عليه: إذا وهب المريض ما زاد

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ١٩٢؛ والمغني ١٤/ ٥٢٢.

(٣)وبه قال بعض المالكية، وقول للشافعي رجحه الشيرازي. انظر: المغني ١٤/ ٤٨١ـ٤٨٢؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٨؛ والذخيرة ١١/ ٣١٧؛ والمهذب ٤/ ٤٤.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٢٨٨؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧.

علىٰ الثلث بإذن الورثة لم يصح إذنه في ذلك، لأنا لا نعلم الوارث الذي تعلق حقه بماله، لأن الاعتبار فيه بحال الموت، وقد يحدث من يحجب الموجودين.

[٢٣٥٨/٢٨] **مسألة:** إذا اشترىٰ المكاتب أباه، أو ابنه جاز الشراء ودخل معه في الكتابة، وكذلك إن اشترىٰ أخاه، أو أخته(١).

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز الشراء(٢)(٣)(٤).

لأنه لو اشتراه غير المكاتب جاز، كذلك إذا اشتراه المكاتب، دليله: أخوه، وعمه، وعمته، وسائر ذوي الرحم المحرم منه، وليس لهم أن يقولوا: إن أولئك يجوز له التصرف فيهم، لأنا لا نسلم ذلك.

[٢٣٥٩/٢٩] **مسألة:** إذا كاتبه علىٰ ألف درهم إلىٰ سنة، ثم صالحه علىٰ خمسمائة حالة جاز(٥).

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز(٦).

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٤٤؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٦.

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧.

(٣) مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة: أنه إن اشترىٰ قريبه ولاداً دخل في كتابته، ولو اشترىٰ ذا رحم محرم غير الولاد لايدخل. انظر: ملتقىٰ الأبحر ٢/ ١٧٢.

(٤) ذهب مالك في هذه المسألة إلىٰ أنه لا يدخل معه في الكتابة إلا الولد وبإذن السيد. انظر: البيان والتحصيل ١٥/ ٢٣٣؛ والذخيرة ١١/ ٣٢٢.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٥٣؛ والمغني ١٤/ ٥٥٧؛ ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤٣٤؛ والذخيرة ١١/ ٣٢١.

(٦) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٢٢٣.

لأن مال الكتابة ليس بدين صحيح على المكاتب، لأنه عبد، والمولى لا يثبت له على عبده دين صحيح، فلهذا لم تجز الكفالة به، ولا الحوالة، وجعل للمكاتب الفسخ[١]، فإذا كان كذلك لم يمكن أن يقال: إن الخمسمائة المصالح عليها بدل عن استرقاقها بالعقد، لأنا قد بينا أن الألف غير مستحقة في الحقيقة، فيجب أن يحمل على أن المولى أخذ بعض الألف وأسقط الثاني، وليس كذلك الألف المؤجلة على غير المكاتب، لأنها دين صحيح وعقد المداينة لم يوجب استحقاق خمسمائة، وإنما يزيد أن يستحقها المصالح / بعقد، فيصير بيع الألف بخمسمائة فلا يجوز، ولا [٤٢٤] يشبه هذا إذا صالح منها على كر حنطة، لأنه ليس له وجه يمكن أن يحمل عليه إلا البيع، فلم يجز، لأن بيع مال الكتابة لا يصح، وربما أجزنا الصلح على كر حنطة، لأن المكاتب فيه رفق، كما كان له رفق في الحظ.

[٢٣٦٠/٣٠] **مسألة:** إذا كان العبد بين رجلين فلكل واحد منهما أن يكاتب نصيبه بما شاء[٢].

خلافاً للشافعي في قوله: ليس لهما أن يكاتباه إلا على قدر ملكهما، وإذا كان بينهما نِصفانِ كاتباه نصفين، وإن كان على الثلثين والثلث كاتباه على ذلك، فإن كاتب صاحب الثلث بما كاتب به صاحب الثلثين أو أكثر فالكتابة فاسدة إلا أن يكون بإذن شريكه، فتكون المسألة على قولين[٣] [٤].

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٦٦-٥٦٧.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٥٠٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٣.

(٣) قول بصحة الكتابة وقول بفسادها ورجح الماوردي القول بفسادها. انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٢٠٢-٢٠٣.

لأن الكتابة عقد معاوضة، أشبه البيع، ولا خلاف أن لكل واحد منهما أن يبيع نصيبه بماشاء، كذلك لهما أن يكاتباه بما شاء.

ولأن له أن يبيعهُ بما شاء، فله أن يكاتبه بما شاء، كما لو كان العبد لواحد.

[**٢٣٦١/٣١**] **مسألة:** إذا كاتباه كتابة واحدة على السواء أو التفضيل، فأدىٰ إلىٰ أحدهما حصته بغير إذن شريكه لم يعتق حتىٰ يؤدي جميع الكتابة إليهما، وإن كان القبض بإذن شريكه عتق(١).

خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وأبي بكر: لا يعتق حتىٰ يؤدي الجميع إليهما(٢).

لأنه ممنوع من الإفراد بالقبض بحق شريكه، فإذا أذن فيه وجب أن يسقط حقه، كما يقول في المشتري إذا قبض المبيع من يد البائع بإذنه قبل تسليم الثمن إليه، ولا يلزم عليه دين بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يقبض نصيبه أن ما يقبضه يكون بينهما، وإن كان قد أسقط حقه من ذلك، لأنا نقول في ذلك ما نقول ها هنا، فإنه يسقط حقه منه.

[**٢٣٦٢/٣٢**] **مسألة:** إذا كاتب أحد الشريكين حصته، فالكتابة صحيحة سواء كان بإذن شريكه أم بغير اذنه(٣).

---

(٤) مذهب الحنفية، والمالكية في هذه المسألة: أنه يجوز ذلك بإذن الشريك. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤٢٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩٢.

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٠٦؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٣.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٦٦؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥١٠-٥١١؛ والمغني ١٤/ ٥٠٦.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٥٠٢؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز ذلك بإذن الشريك[١].

وخلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز بغير اذن شريكه، وهل يجوز بإذنه على قولين أصحهما لا يجوز[٢].

لأنه عقد معاوضة على نصيبه، أشبه البيع.

ولا معنى لقولهم: إن البيع لا يضر بشريكه، والكتابة تضر، لأن نصف عبد باقيه قن خير من نصف عبد باقيه مكاتب، لأنه لو أعتق نصيبه وهو معسر صح وإن أضر بشريكه، لأنه يحصل نصفه حر، أو حصة شريكه قن[٣].

[٤٢٥]

[**٢٣٦٣/٣٣**] **مسألة:** / يجوز أن يكاتب نصف عبده[٤].

خلافاً للشافعي في قوله: الكتابة باطلة[٥].

لأن الكتابة عقد على الرق، فجاز أن يتبعض، كالبيع.

[**٢٣٦٤/٣٤**] **مسألة:** للمكاتب أن يسافر[٦].

خلافاً للشافعي في أحد قوليه: ليس له أن يسافر إلا بإذن المولى[٧].

---

(١) وبه قال بعض المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ٢٩٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩٢

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٣٥٨.

(٤) انظر: المغني ١٤/ ٥٠٤؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٦٢.

(٥) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧؛ والمهذب ٤/ ٣٤.

(٦) وبه قال الحنفية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٤٥؛ والمغني ١٤/ ٤٧٥، وملتقى الأبحر ٢/ ١٧٢.

(٧) وبه قال المالكية ورجحه صاحب المهذب. انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٧؛ والمهذب ٤/

لأن المكاتب في يد نفسه، بدليل: أنه لا يملك الحجر عليه، أشبه الحر المدين له أن يسافر بغير إذن صاحب الدين(١).

[**٢٣٦٥/٣٥**] **مسألة:** تجوز كتابة النصراني للعبد الذي أسلم(٢).

خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز(٣).

لأنه يملك عتقه فملك كتابته، دليله: المسلم.

ولأنه مالك لرقبته، جائز التصرف في الكتابة، أشبه المسلم.

[**٢٣٦٦/٣٦**] **مسألة:** إذا كاتب أمته وشرط وطأها في عقد الكتابة جاز له الوطء(٤).

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا يجوز له وطؤها شرط أو لم يشرط(٥).

لأنه عتق معلق بشرط، فلم يمنع الوطء، دليله: المدبرة، وأم ولده المعلق عتقها بدخول الدار(٦).

٤٢؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩٠؛ والذخيرة ١١/ ٢٥١.

(١) انظر: المغني ١٤/ ٤٧٦.

(٢) وبه قال بعض المالكية. انظر: المغني ١٤/ ٤٤٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤١؛ والذخيرة ١١/ ٢٦٧.

(٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٢٥٥-٢٥٦.

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٤٦؛ والمغني ١٤/ ٤٨٧؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٥٠٥.

(٥) وبه قال الحنفية، والمالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٣٣٤، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩٦؛ وحلية العلماء ٦/ ٢١١؛ والمغني ١٤/ ٤٨٧.

(٦) انظر: المغني ١٤/ ٤٢٩.

ولا معنىٰ لقولهم: إنه يستبيح وطأهُنَّ بغير شرط، وها هنا لا يستبيحه بغير شرط، فلا يستبيحه بالشرط، لأن منفعة الإستخدام لا يستبيحه بغير شرط، [فاستباحه][1] بالشرط[2].

وكذلك خيار الثلاث، والأجل في الثمن.

وكذلك الراهن لا يستبيح وطء الأمة المرهونة بغير إذن، ويستبيحه بإذن المرتهن[3]، وعلىٰ أنه إنما لم نستعبده لعدم الشرط، لأن إطلاق عقد الكتابة يقتضي تحريمها عليه[4]، فلهذا لم يجز، وليس كذلك إذا شرط الوطء، لأن منفعة البضع تحصل مستثناه للسيد، لأنه كان مالهما في تلك الحال، فهو كاستثناء منفعة الاستخدام.

[٢٣٦٧/٣٧] **مسألة:** إذا زوج الرجل بنته من مكاتبه، ثم مات انفسخ النكاح[5].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ينفسخ النكاح[6].

لأنها ورثت حقها من الملك الذي كان لأبيها منه، وإذا ملكت المرأة جزءاً من زوجها انفسخ النكاح بينهما، كما لو كان زوجها عبداً غير مكاتب فورثته، أو

---

(١) في المخطوط (فاستبيحه).

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٤٨٨.

(٣) انظر: المرجع السابق ٦/ ٤٨٤.

(٤) انظر: المرجع السابق ١٤/ ٤٨٧.

(٥) وبه قال ابن القصار المالكي، والشافعية. انظر: المغني ١٤/ ٥٤٦؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٩؛ والذخيرة ١١/ ٣١٦؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٢٩١.

(٦) جاء في النتف في الفتاوىٰ للسغدي الحنفي ١/ ٥٦= إذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شقصاً منه، فإن النكاح يفسد وليس بطلاق. اهـ.

اشترته، أو بعضه[١].

ولا معنىٰ لقولهم: إنه انتقل إليها حق الملك، ولأنه لا يصح زوال [ ][٢]، لأن الزوجة ورثت جزءاً منه، يدل عليه: أنه لا يجوز أن يتزوج بها بعد موت أبيها، ويجوز قبله، وليس هذا إلا أنها ورثت جزاً منه[٣]، ولو لم يكن قد ورثت جُزْءاً منه لم يقع ذلك من أجزاء العقد وهو إذا كان / الأب يهودياً وبنته مسلمة [٤٢٦] والمكاتب مسلماً. والثاني: إذا عجز عاد عبداً قنا، ويكون ملك الموروث لا يدل علىٰ أنه عتق علىٰ ملكه، لأن الوارث يرثه مستحق للولاء، كما يرث الجارية المزوجة مستحقة بالاستمتاع، وكذلك المتاجرة. مسلم[٤] ومات الأب، فإنه يجوز التزويج بها لعدم الإرث، فعلم أن العلة هو نقل الملك، يبين صحة هذا: أنه يصير عبداً قنا بالعجز عن الأداء، وهذا يدل علىٰ أنها قد ملكت سهماً منه.

[٢٣٦٨/٣٨] **مسألة:** إذا اشترىٰ المكاتب زوجته انتقض النكاح[٥].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ينتقض[٦].

لأنه ملك زوجته، فوجب أن ينفسخ النكاح بينهما، أصله: الحر،

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٤٦.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط من جراء رطوبة أصابته.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٥٤٦.

(٤) هكذا بالمخطوط ويظهر أن فيه سقطاً ولعل كمال العبارة: «وكذلك إذا كانت المرأة رقيقة أو كتابية والأب مسلم».

(٥) انظر: المغني ١٤/ ٥٤٥ـ٥٤٦؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٩.

(٦) جاء في كتاب النتف للسعدي الحنفي ١/ ٣٥٦: إذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شقصاً منه، فإن النكاح يفسد وليس بطلاق. اهـ.

يبين صحة هذا: أن المكاتب يملك كسبه بدليل: أن السيد ليس له أن ينتزعه من يده، ولا يمنعه من التصرف فيه، وللمكاتب أن ينفق منه على نفسه وعبيده، وإذا أدى مال الكتابة، وعتق كان جميع ما في يده من الكسب له دون مولاه، فدل على أنه ملك بعقد الكتابة، والملك الناقص والكامل في ذلك سواء، ألا ترى أن ملك من عليه دين ضعيف، ولهذا لا تجب الزكاة فيه، ثم أجمعنا على أن من عليه الدين إذا ملك زوجته انفسخ النكاح بينهما، كما إذا لم يكن عليه دين، وكذلك المريض إذا ملك زوجته انفسخ النكاح بينهما، وإن المريض لا يملك التبرع، والصحيح يملك.

[٢٣٦٩/٣٩] **مسألة:** إذا كاتبه على عرضين إلى أجلين كالثوبين، ونحوهما، فأدى الثوبين، وعتق في الظاهر، ثم أصاب السيد فيما قبضه عيباً، واختار الرد لم يرتفع العتق وكان له أخذ الأرش، أورد الثوبين. ذكره أبوبكر[١] [٢].

خلافاً للشافعي في قوله: إن اختار الرد ورده ملكهما[٣] بارتفاع العتق الواقع في الظاهر[٤].

لأن الكتابة ليس القصد منها في العوض في حياة السيد لأنه يبيع ماله بماله، كما أن عقد الخلع ليس بالقصد منه العوض في حياة الزوجة، لأنها تبذل المال في مقابلة البضع، وليس القصد منه المال، ثم ثبت أنه لو خالعها على ثوب وأصاب به

(١) انظر: كشاف القناع ٤/ ٥٤٤.

(٢) ذهب بعض المالكية إلى أنه إذا وجد العوض معيباً وليس معه ماله، رد عتقه. انظر: الذخيرة ١١/ ٢٥٧.

(٣) هكذا بالمخطوط، يظهر لي أن صحة الكلمة ملكه.

(٤) انظر: المهذب ٢/ ١٥.

عيباً ورده لم يرتفع بعد وقوعه، كذلك في الكتابة مثله.

[٢٣٧٠/٤٠] **مسألة:** / إذا شرط على مكاتبه ألا يسافر، أو لا يسأل [٤٢٧] الصدقات فالعقد والشرط صحيح(١).

خلافاً لمالك، والثانية: العقد صحيح، والشرط باطل(٢).

وخلافاً للشافعي [في قوله](٣): العقد، والشرط فاسدان(٤).

لأن هذا الشرط لا يمنع الاكتساب، لأنه يمكنه الاكتساب في البلد بالتجارة في ذمته، والصنائع فيغنيه ذلك عن السفر، وعن أخذ الزكاة، فيجب أن يصح الشرط، ويفارق هذا: إذا شرط عليه أن لا يتجر إلا في نوع من التجارات، لأنه لاغرض للسيد في هذا الشرط، ولافي منعه من الصدقات تنزيهاً له عن أوساخ الناس، وعن السفر لما فيه من الغرر.

ولأن عقد الكتابة ليس المقصود منه المعاوضة، لأن السيد كان يمكنه أخذ اكتسابه بغير عقد الكتابة، وإن كاتبه وجعل اكتسابه له تغليباً لحريته لا

---

(١) هذا هو المذهب عند الحنابلة. انظر: المغني ١٤/ ٤٧٦؛ والمقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٥٠٢-٥٠٣؛ وكشاف القناع ٤/ ٥٤٧.

(٢) وبه قال الحنفية. انظر: كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني ٣/ ٤٧٨؛ وحاشية العدوي بهامش كفاية الطالب الرباني ٣/ ٤٧٨؛ والمغني ١٤/ ٤٦٧-٤٧٧؛ ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤١٤.

(٣) ساقط من المخطوط.

(٤) لم أقف عليه.

للعوض، فلم يبطله الشرط الفاسد، كالعمرىٰ[1]، والرقبىٰ ليس القصد منهما المعاوضة في حق الواهب، لأنه يأخذ عليهما عوضاً، ثم الشرط الفاسد لا يبطلها، وهو إذا شرط الرجوع فيها بعد موت المرقب، والمعمر، كذلك هاهنا.

(١) الرقبىٰ والعمرىٰ: نوعان من الهبة، يفتقران إلىٰ ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب، والقبول والقبض، أو مايقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة الرقبىٰ: أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، علىٰ أنك إن من مت قبلي عادت إليَّ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك. والعمري أن يقول الرجل: أعمرتك داري هذه، أو هي لك عمري، وأما عشت، أو مدة حياتك، أو ما حييت، ونحو هذا. انظر: المغني ٨/ ٢٨١ـ٢٨٢؛ والدر النقي ٣/ ٥٥٧.

كتاب أمهات الأولاد[1]

[٢٣٧١/١] **مسألة:** لا يجوز للحر بيع أم ولده[2].

خلافاً لداود، والشيعة في قولهم: يجوز بيعها[3].

لما روى ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع أمهات الأولاد ولا يبعن، ولا يوهبن، ولا يرثن، يستمتع بها سيدها ما بدا له، فإذا مات فهي حرة»[4].

ولأنها علقت بحر في ملك الواطئ، فلم يجز بيعها كما لو كانت حاملاً.

[٢٣٧٢/٢] **مسألة:** لا يجوز للمكاتب بيع أم ولده، فإذا اشترى جارية للتجارة فأحبلها، فالولد مملوك، لأنه ولد أمته، وهو تابع له، فإن عتق تبعه الولد، وصارت أم ولده تعتق بموته وليس له بيعها. ذكره أبوبكر[5].

---

(١) أمهات: واحدتها أم، وأصلها أمهة، ولذلك جمعت على أمات باعتبار اللفظ، وأمهات باعتبار الأصل. انظر: الدر النقي ٣/ ٨٢٨.

والأولاد: جمع ولد، وسمي ولداً لقربه من الولادة، وهي الوضع. انظر: الدر النقي ٣/ ٨٢٨.

(٢) وبه قال جمهور الفقهاء. انظر: المقنع لابن البنا ٣/١٣٥٦؛ وشرح الزركشي ٧/٥٣٢؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/٣٥١؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨١؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٥١.

(٣) انظر قول داود في المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٥٦؛ والمغني ١٤/ ٥٨٤.

(٤) رواه الدارقطني في المكاتب (٣٦). طريق أبي بكر الشافعي، نا الهيثم بن محمد بن خلف، نا عبدالله بن مطيع، نا عبدالله بن جعفر، نا عبدالله بن دينار، عن ابن عمر مرفوعاً للنبي ـ ﷺ. سنن الدارقطني ٤/١٣٥. وهذا الحديث سنده ضعيف، لضعف عبدالله بن جعفر بن نجيح السعدي. انظر: التعليق المغني على سنن الدارقطني بهامش سنن الدارقطني ٤/ ١٣٥.

(٥) وبه قال أبو حنيفة، والمالكية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/٥٠٤؛ وملتقى الأبحر ٢/ ١٧٣؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٩٠.

خلافاً للشافعي في قوله: لا يؤثر هذا الإحبال، وله بيعها[١].

لأن [ ][٢] بدليل: أنها لو أتت [ ][٣] وكان ولده حراً []‏[٤]، ولو وَطِئَ الحر أمة فأحبلها علقت بحر وثبت لها سبب الحرية تبعاً لولدها / [٤٢٨] ثم الموضع الذي تبع أمه في الحرية تبعها في سبب الحرية، وهو إذا أتت أم الولد بولد من زوج، أو زنا ثبت له سبب الحرية تبعاً لها، كذلك في الموضع الذي كانت تابعة لولدها في الحرية، فوجب أن تتبعه أيضاً في سبب الحرية، وهو مسألتنا، لأن ولدها قد ثبت له السبب أيضاً، لأنه تابع لأبيه في العتق بالأداء والرق بالعجز.

ولا معنىً لقولهم: إنما علقت بمملوك. لأنا لا نسلم أنه مملوك على الإطلاق، لأنه قد ثبت له حرية منعت سيده أن يتصرف فيه بسبب الحرية، فكان لولد أم الولد من زوج أو زنا، فلما كان له هذه الحرية تعلق لأمه بذلك حرمة، فصارت به أم ولد.

[٢٣٧٣/٣] **مسألة:** إذا اسلمت أم ولد النصراني يحال بينه وبينها من غير عتق، ولا سعاية، ولا بيع، فإذا مات عتقت[٥].

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٨/ ٣١٤.

(٢) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء إصابته بتلف وذلك في االأسطر الأخيرة لأربعة.

(٣) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء إصابته بتلف وذلك في الأسطر الأخيرة الأربعة.

(٤) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء إصابته بتلف وذلك في الأسطر الأخيرة الأربعة.

(٥) هذا هو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٤/ ١٣٣٤؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٥١٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٤٨ـ٥٤٩؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٣١٧؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٥٤.

خلافاً لأبي حنيفة، والثانية: يقضىٰ عليها بالسعاية، فإذا أدت عتقت[1][2].

لأنه إسلام طرأ علىٰ ملك، فلم يوجب عتقاً ولا سعاية، كالعبد القن إذا أسلم.

ولأن عتقها مستحق عليه، فلا يجوز أخذ العوض عنه، أصله: قبل أن تسلم، وأم ولد المسلم، ولا يلزم عليه المعتقة بالصفة، لأنه يجوز أخذ العوض علىٰ عتقها، لأن عتقها ليس بمستحق، لأنه إذا باعها، أو وهبها بطل، وإذا أعتقها قبل وجود الصفة لم يكن تعجيلاً لعتقها، وعتق أم الولد مستحق علىٰ وجه لا يلحقه الفسخ والبطلان في حياتها، وإذا أعتقها كان كذلك تعجيلاً لعتقها المستحق بموت المولىٰ، ولهذا لا يجوز عتقها في الكفارة، ويجوز إعتاق المعلق عتقه بصفة، ولهذا لا يجوز مكاتبة أم الولد[3]، ويجوز مكاتبة المعتق بالصفة.

[٢٣٧٤/٤] **مسألة:** إذا تزوج أمة غيره، فولدت منه، ثم ملكها لم تصر أم ولده، وجاز له بيعها، ولم تعتق بموته[4].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٢؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١١؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٥٢٠.

(٢) ذهب الإمام مالك إلىٰ أنها تعتق، ولاشيء عليها من سعاية ولا غيرها. انظر: الذخيرة ١١/ ٢٦٧-٢٦٨.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٥٨٤.

(٤) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والمالكية، والشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٣٥٦-١٣٥٧؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٥١٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٤٠؛ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨٣؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٣١٣؛ وروضة الطالبين ٨/ ٥٥٣.

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تعتق بموته[١].

لأنهاعلقت بمملوك، أو علقت برقيق، فلم يثبت لها حرمة بذلك العلوق، أصله: إذا زنا بها، فولدت منه، ثم ملكها، فإنه لا يثبت لها / حرمة الاستيلاد[٢]، [٤٢٩] ولا يلزم عليه أمة المكاتب إذا علقت منه أنها تكون أم ولد، وإن علقت بمملوك، لأن ولد المكاتب ليس بمملوك، لأنه ليس بملك لأبيه المكاتب إذ لو كان ملكه يعتق عليه، ولا هو ملك لسيده، لأنه من فوائد المكاتب، ونما ماله[٣].

ولا معنىٰ لقولهم: إن النسب لا يثبت في الزنا، فلا يثبت أيضاً للأم حرمة الاستيلاد، أنه لا اعتبار عندهم بثبوت النسب في باب الحرية لا يلزم، [فلما][٤] قلتم إن الرجل إذا زنا بأمةٍ، وأتت بولد، ثم ملك الولد عتق عليه، وإن كان نسبه لم يثبت منه؟، وعلىٰ أن النسب ثابت في هذا الموضع المختلف فيه حال العلوق، وحرمة الاستيلاد غير ثابتة في الحال، وإنما تثبت في المال بعد الملك، وهكذا لو وطئ أمة بشبهة فإن النسب يلحقه وحرمة الاستيلاد لا يثبت للأم في الحال، فبان أنه لا اعتبار بثبوت النسب علة لثبوت حرمة الاستيلاد، وإنما عليه أن تعلق بحر في ملك الواطئ.

ولأن حكم الحرية إنما يسري من الولد إلىٰ الأم، بدلالة: أنه ما لم يوجد الولد لم يثبت للأم حرمة الاستيلاد، فإذا كان الولد الذي علقت به في هذه الحال لم

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٢؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١١.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٥٨٩.

(٣) انظر: المغني ١٤/ ٥٩٥.

(٤) في المخطوط (فلم).

يثبت له حرمة الحرية، فبأن لا يثبت للأم حرمة الحرية بهذا العلوق أولىٰ، يبين صحة هذا: أن الحرية التي تثبت للولد آكد من الحرية التي تثبت للأم، لأن حرمة الولد تثبت منجزة، وحرمة الأم لا تثبت منجزة إلىٰ وقت الوفاة، (فلما)[1] لم يثبت للولد في هذا الموضع ذمة [فلئن][2] لا يثبت للأم أولىٰ.

[٢٣٧٥/٥] **مسألة:** فإن ملكها حاملاً، فولدت لم تصر أم ولده[3].

خلافاً لمالك [في قوله][4]: تصير أم ولد[5].

لما تقدم من أنها علقت منه في ملك غيره، أو أنها خلفت مملوكاً، أشبه إذا ملكها بعد أن ولدت، أو ملكها حاملاً ولم يطأها، أو وطئها بعد كمال الحمل.

[٢٣٧٦/٦] **مسألة:** إذا استولد جارية ابنه صارت أم ولده[6].

خلافاً للشافعي في أحد القولين: لا تصير أم ولد[7].

لأنها علقت بحر لأجل الملك، أو لحق الملك، فوجب أن تصير أم ولده،

---

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٨٩.

(٢) كلمة لم تتضح في المخطوط ولعلها ما أثبت.

(٣)) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن البنا ٣/ ١٣٥٦؛ والمقنع لابن قدامة ٢/ ٥١٦؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٤٠؛ والحاوي الكبير ١٨/ ٣١٣-٣١٤.

(٤) ساقط من المخطوط.

(٥) وبه قال الحنفية. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨٣؛ وملتقىٰ الأبحر ١/ ٣١١.

(٦) وبه قال الحنفية، والمالكية، وأصح القولين عند الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٣٤٣-٣٤٤؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٣؛ والذخيرة ١١/ ٣٣٣-٣٣٤؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨.

(٧) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨.

دليله: الأمة المملوكة ونصيب شريكه في جارية بينه وبين غيره إذا كان الشريك موسراً [1]، ولايلزم عليه إذا استولد / أمة مكاتبة، لأنا نقول: إنها تصير أم ولده، [٤٣٠] ولا يلزم عليه إذا (مكنته)[2] الأمة من نفسها، فوطئها يظن أنها أمته، أو أنها زوجته (أن ولدها)[3] حر، ولا تصير أم ولده، لأن حريته هناك لم تحصل لأجل (الملك وإنما)[4] حصلت لأجل الغرور.

ولا معنى لقولهم: إن الجارية المشتركة (إذا حصل)[5]، الاستيلاد فيها ابتداء في ملكه، ثم سرىٰ إلىٰ ملك شريكه [ ][6]، ثم ثبت ابتداءً في ملك غيره، لأن شبهة الملك ها هنا في حكم ملكه، بدليل: أنها أثرت في حرية الولد.

[**٢٣٧٧/٧**] **مسألة:** فإذا ثبت أنها تصير أم ولد له فلا يلزمه قيمتها، ولا قيمة ولدها، ولا مهر لها. ذكره أبوبكر[7].

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يضمن قيمتها، ولا يضمن قيمة ولدها، ولا مهرها[8].

وخلافاً للشافعي في قوله: يضمن قيمتها، ومهرها، وأما قيمة الولد فإن

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥٩٢.

(٢) طمس بالمخطوط في طرف أعلىٰ الصفحة لخمسة أسطر، ولعلها ما أثبت.

(٣) طمس بالمخطوط في طرف أعلىٰ الصفحة لخمسة أسطر، ولعلها ما أثبت.

(٤) طمس بالمخطوط في طرف أعلىٰ الصفحة لخمسة أسطر، ولعلها ما أثبت.

(٥) طمس بالمخطوط في طرف أعلىٰ الصفحة لخمسة أسطر، ولعلها ما أثبت.

(٦) كلمتان سقطتا من جراء طمس بالمخطوط.

(٧) انظر: المقنع لابن قدامة وحاشيته بهامشه ٢/ ٣٤٣-٣٤٤؛ والمغني ١٤/ ٥٩٣.

(٨) وبه قال بعض المالكية. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥٣، والذخيرة ١١/ ٣٣٤.

قالوا: لم تَصرْ أم ولد ضمنه أيضاً، وإن قالوا: تصير أم ولد لم يضمنه[١].

لأنه لا يضمن قيمة ولدها، فلم يضمن قيمتها ومهرها كأنه نفسه[٢]، ولا يلزم عليه الأمة المشتركة، وأمة المكاتب، لأنه يضمن قيمة الولد، فلهذا ضمن قيمتها.

ولا معني لقولهم: إنما لم يضمن قيمة الولد، لأنها تصير أم ولده، فيملكها في الحال بالقيمة، ويصبح الولد في ملك الأب لا حَقَّ للإبن فيه، فلهذا لم يجب على الأب قيمة الولد، لأن الولادة وإن كانت مستحقة في ملكه، والعلوق حصل في ملك غيره، وكونها أم ولد منع من دخوله في ملك الابن، فكان يجب أن يضمن الولد بالمعروف ينعقد في ملك سيد الأمة، وجهالته منع من دخوله في ملك سيدها، فوجب عليه القيمة لسيدها، فكان يجب أن يضمن قيمة الولد ها هنا الابن، لأن العلوق كان في ملك الإبن، والولادة منعت من دخوله، فلما لم يضمن قيمة الولد، كذلك قيمة الأم.

ولا معنى لقولهم: أمة نفسه هو المستحق لقيمتها ومهرها، فلا معنى لإيجاب حق له على نفسه، لأنه كان يجب أن توجب له قيمة الولد، لأنه يجب لغيره، فلما لم يضمنه، كذلك قيمتها.

ولأن الراهن إذا أتلف الرهن ضمن قيمته للمرتهن[٣]، وإن كان قد أتلف ملكه، وكذلك إذا أتلف عبده الجاني.

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٨/ ٥٥٢.

(٢) انظر: المغني ١٤/ ٥٩٣.

(٣) انظر: المغني ٦/ ٥٢٢.

[٢٣٧٨/٨] **مسألة:** للسيد اجارة أم ولده[١].

خلافاً لمالك في قوله: ليس له إجارتها[٢].

لأنها مملوكة ينتفع (بها)[٣] مع بقاء، (عينها)[٤]، أشبه المدبرة.

ولأن منافعها تضمن بالغصب، أشبه المدبرة.

ولأن عتقها معلق بالموت، أشبه المدبرة.

[٢٣٧٩/٩] /**مسألة:** أم الولد إذا قتلت سيدها عمداً، واختار الأولياء المال، أو خطأ وجب عليها أقل الأمرين من قيمتها، أو الدية، سواء قلنا إن الدية تحدث على ملك الورثة، أو على ملك المقتول[٥].

خلافاً لأكثرهم في قولهم: لا ضمان عليها[٦].

لأن المطالبة بضمانها يثبت لغير السيد، وهم الورثة، فكانت مضمونة، دليله: لو جنت على أجنبي[٧]، ولا يلزم عليه إذا جنت عليه فيما دون النفس، لأن المطالبة بضمان يثبت للسيد.

---

(١) وبه قال الجمهور: الحنابلة، والحنفية، والشافعية. انظر: شرح الزركشي ٧/ ٥٣٣؛ والتسهيل ص ١٥٠؛ والهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٣٥١؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٨.

(٢) انظر: التفريع ٢/ ٥؛ والتنبيه في فقه أهل المدينة المالكي ٢/ ٢٨١.

(٣) في المخطوط (به).

(٤) في المخطوط (عينه).

(٥) وبه قال الشافعية. انظر: المقنع لابن قدامة ٢/ ٥١٩؛ وشرح الزركشي ٧/ ٥٥٨؛ والتنبيه في الفقه الشافعي ص ١٤٩.

(٦) لم أقف على رأي الأكثر.

(٧) انظر: المغني ١٤/ ٦٠٨.

ولا معنىٰ لقولهم: إنها تجب بآخر جزء من أجزاء حياته، لأنها في تلك الحال قد تعلق حق الورثة بماله، فالحق يجب لورثته، لأنهم قد تعلق حقهم بماله، بدليل: أنه لو عفا عن أرشها اعتبر ذلك من ثلثه، وبدليل: أنه لو تصدق في تلك الحال بشيء من ماله، كان معتبراً من ثلثه، وكان لهم الاعتراض فيما زاد علىٰ ذلك، ومثل هذا ما قلنا في عتق الراهن، أو قتله يوجب عليه الضمان لتعلق حق المرتهن[1].

ولأن الدية يستحق المطالبة بها بموت السيد، كما تستحق أم الولد الوصية لها بموت السيد، ثم ثبت أن الوصية لها تصح ويغلب فيها الحرية، لأنها وقت الاستحقاق (حرة)[2] وإن كانت في حالة الابتداء أمة.

ولأن ابتداء هذه الجناية علىٰ السيد، وهي حالته تبقىٰ الضمان علىٰ العبد، وسرايتها في حال حريتها، وهي حالة توجب الضمان وإذا اجتمع الموجب والمسقط فيما يضمن بالقيمة غلب الإيجاب، كالصيد إذا كان في الحل، والرامي في الحرم، والمتولد بين الذئب والضبع، وكذلك الجنين المتولد من بين كتابي ومجوسي نعتبر قيمة الغرة بأعلاهما، كذلك هاهنا يجب أن نعتبر حال الضمان[3].

ولا معنىٰ لقولهم: إن السراية والحرية حصلت في حالة واحدة، وهي حالة الموت، لأن حالة الموت توجب الحرية، وهي موجبه للضمان، فكان يجب أن

(١) انظر: المغني ٦/ ٥٢٢.

(٢) كلمة لم تتضح بالمخطوط ولعلها ما أثبت.

(٣) انظر: مسألة [٤٦/ ١٧١٥].

يغلب الإيجاب كما غلبنا صحة الوصية فيها، وكما غلبنا الإيجاب [في][1] ضمان الصيد.

ولأن الدية أحد بدلي النفس، فجاز أن تُستَوْفَىٰ من أم الولد، كالقصاص.

ولا معنىٰ لقولهم: القصاص أوسع، لأنه يثبت للسيد علىٰ عبده القن، ولا يثبت الدية، لأنه قد تثبت الدية وإن لم يثبت القصاص، بدليل: الكافر إذا قتله المسلم، والأب إذا قتل ابنه، والمسلم في دار الحرب، وعلىٰ أنه إنما لم يثبت له علىٰ عبده (دية)[2] لأنه لا يغرم وهو ملكه، وان الولد يملك، وهي حرة فلهذا (يكون الولد حراً)[3].

آخر الكتاب، والحمد لله رب العالمين، وصلواته علىٰ سيدنا محمد وعلىٰ آله (وصحبه أجمعين) وحسبنا الله ونعم الوكيل.

---

(١) ساقط من المخطوط.

(٢) كلمة لم تتضح في المخطوط ولعلها ماأثبت.

(٣) كلمات لم تتضح بالمخطوط من جراء تلف به، ولعلها ما أثبت.

الفهارس

(المجلدات الرابع والخامس والسادس)*

* فهرس الآيات القرآنية
* فهرس الأحاديث النبوية
* فهرس الآثار
* فهرس الكلمات الغريبة
* فهرس الأبيات الشعرية
* فهرس الفرق والملل والقبائل
* فهرس المصادر والمراجع
* فهرس الموضوعات

---
* انظر فهرس المجلدات الثلاثة الأولى في نهاية المجلد الثالث.



فهرس الآيات القرآنية الكريمة

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة مرتبة على حروف المعجم

حرف الباء

حرف التاء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الدال

حرف الذال

حرف الراء

حرف الزاء

حرف السين

حرف الشين

حرف الصاد

حرف الطاء

حرف الظاء

حرف العين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف النون

حرف الهاء

حرف الواو

حرف الياء

فهرس الآثار مرتبة على حروف المعجم

حرف الهمزة

حرف الباء

حرف التاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الدال

حرف الزاء

حرف السين

حرف الضاد

حرف العين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف الهاء

حرف الواو

فهرس الكلمات الغريبة على ترتيب حروف «المعجم»

حرف الهمزة

حرف الباء

حرف التاء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حدف الدال

حرف الذال

حرف الراء

حرف السين

حرف الصاد

حرف الضاد

حرف الطاء

حرف العين

حرف الغين

حرف الفاء

حرف الكاف

حرف الميم

حرف النون

حرف الواو

فهرس الأبيات الشعرية حسب تربيت القافية

فهرس الفرق والملل والقبائل

فهرس المصادر والمراجع

١ـ الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، للأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي المتوفى ٧٣٩هـ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ـ الطبعة الأولى عام ١٤١٢هـ.

٢ـ الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلي محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي، تحقيق محمد بن حامد الفقي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبع عام ١٤٠٣هـ.

٣ـ الأحكام السلطانية والولايات الدينية تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي علق عليه خالد بن عبداللطيف العليمي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤١٠هـ.

٤ـ الإحكام في أصول الأحكام، تأليف علي بن محمد الآمدي، تعليق الشيخ عبدالرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.

٥ـ أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد علي الرازي الجصاص الحنفي ـ المتوفى سنة ٣٧٠هـ، طبع عام ١٣٤٧هـ بمطبعة البهية المصرية.

٦ـ أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، تحقيق علي بن محمد البجاوي، الناشر: دار الفكر، بيروت ـ لبنان.

٧ـ أخبار أبي حنيفة وأصحابه، للقاضي أبي عبدالله حسين بن علي الصميري المتوفى ٤٣٦هـ، الناشر: إدارة ترجمان السنة، لاهور باكستان، الطبعة الثالثة عام ١٤٠٢هـ.

٨ـ الأحوال الشخصية، تأليف محي الدين عبدالحميد، الطبعة الثانية.

٩ـ أخبار الدول وآثار الأول في التاريخ، لأحمد بن يوسف الدمشقي الشهير بالقرماني، الناشر: عالم الكتب، بيروت ـ لبنان.

١٠ـ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، المتوفى عام ١٨٢هـ، تصحيح أبو الوفاء الأفغاني، الطبعة الأولي عام ١٣٥٧هـ.

١١ـ الإختيار لتعليل المختار، لعبدالله بن محمود بن مودود بن محمود الموصلي الحنفي ـ المتوفى ٦٨٣هـ.

١٢ـ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر الكتب الإسلامي ـ الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

١٣ـ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، ليوسف بن عبدالبر النميري المالكي، تحقيق الدكتور عبدالمعطي أمين قلعجي، الناشر: دار قتيبة، دمشق الطبعة الأولى عام ١٤١٤هـ.

١٤ـ الإستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبدالبر النميري القرطبي ـ المتوفى سنة ٤٦٣هـ، طبع بهامش الإصابة في تمييز الصحابة، الناشر: دار صادر، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى عام ١٣٢٨هـ.

١٥ـ أسد الغابة في معرف الصحابة، لأبي الحسن علي بن محمد الجزري، المعروف بابن الأثير، المتوفى في عام ٦٣٠هـ، تحقيق محمد بن أبراهيم البنا ومحمد أحمد عاشور.

١٦ـ الإشراف على مذاهب أهل العلم، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي ـ المتوفى سنة ٣٠٩هـ، الناشر: المكتبة التجارية بمكة المكرمة.

١٧ـ الإشراف على مذاهب الخلاف، للقاضي عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي، الناشر: مطبعة الإدارة.

١٨ـ الإصابة في تمييز الصحابة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،

الناشر: دار صادر، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولىٰ ١٣٢٨هـ.

١٩ـ الأصل (المعروف بالمبسوط)، لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني الحنفي، المتوفىٰ سنة ١٨٩هـ، تصحيح أبوالوفاء، الناشر: عالما لكتب بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٠هـ.

٢٠ـ أصول مذهب الإمام أحمد، تأليف د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الناشر: دار الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٠هـ.

٢١ـ الأضداد، لأبي يوسف يعقوب بن إسحاق بن السكيت، نشر الدكتور أوغت هفنر أستاذ العربية في كلية انسيروك، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.

٢٢ـ أطلس التاريخ الإسلامي، لهادي وهازادر وسميلي وكوك، ترجمة إبراهيم زكي خورشيد، الناشر: مكتبة النهضية المصرية.

٢٣ـ إعلاء السنن، لظفر بن أحمد العثماني التهانوي، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي بباكستان، الطبعة الثالثة عام ١٤١٥هـ.

٢٤ـ الإعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين) لخير الدين الزركلي، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت ـ لبنان، الطبعة الرابعة عام ١٣٩٩هـ.

٢٥ـ الإفصاح عن معاني الصحاح، للوزير أبي المظفر يحيىٰ بن محمد بن هبيرة الحنبلي، المؤسسة السعيدية بالرياض.

٢٦ـ إباقمة الدليل علىٰ إبطال التحليل، لشيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق د. فيحان بن شالي المطيري، الناشر: مكتبة لينه بمصر، الطبعة الثانية عام ١٤١٦هـ.

٢٧ـ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تأليف شمس الدين بن أحمد الشربيني الشافعي، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح بالقاهرة.

٢٨ـ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، للحجاوي أبي النجا شرف الدين موسىٰ

الحجاوي المقدسي، تصحيح وتعليق عبداللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة، بيروت ـ لبنان.

٢٩ـ الإكمال في رفع الإرتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب، للأمير علي بن هبة الله أبي نصر بن ماكولا ـ المتوفى سنة ٤٧٥هـ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤١١هـ.

٣٠ـ أمالي المحاملي، للحسين بن إسماعيل بن محمد بن إسماعيل الضبي القاضي البغدادي، المتوفى ٣٣٠هـ، تحقيق د. إبراهيم بن إبراهيم القيسي، الناشر: المكتبة الإسلامية بالأردن ودار ابن القيم بالدمام ـ الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٣١ـ الأم، للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى عام ٢٠٤هـ، الناشر: دار الفكر، بيروت ـ لبنان، عام ١٤١٠هـ.

٣٢ـ الأمثال، لأبي عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤هـ، تحقيق د. عبدالمجيد قطاش، الناشر: دار المأمون للتراث بدمشق، الطبعة الأولى عام ١٤٠٠هـ.

٣٣ـ الأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، المتوفى ٢٢٤هـ، تحقيق محمد بن خليل بن هراس، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

٣٤ـ الأموال، لحميد بن زنجويه، المتوفى ٢٥١هـ، تحقيق د. شاكر ذيب فياض، الناشر: مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الطبعة الأولى عام ١٤٠٦هـ.

٣٥ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، لأبي الحسن علي بن أحمد المرداوي الحنبلي، المتوفى عام ٨٨٥هـ، تصحيح محمد حامد الفقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي ـ الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ.

٣٦ـ أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم القونوي، المتوفى سنة ٩٧٨هـ، تحقيق أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي، الناشر: دار الوفاء

للنشر والتوزيع بجدة، الطبعة الثانية عام ١٤٠٧هـ.
٣٧ـ الأوسط في السنن والإجماع والإختلاف، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق الدكتور أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، طبع ونشر: دار طيبة للنشر والتوزيع الرياض ـ الطبعة الأولىٰ عام ١٤١٣هـ.
٣٨ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.
٣٩ـ البحر المحيط في أصول الفقه، لمحمد بن بهادر الزركشي الشافعي ـ المتوفىٰ ٧٩٤هـ، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٩هـ.
٤٠ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ـ المتوفىٰ سنة ٧٨٥هـ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الثانية عام ١٤٠٦هـ.
٤١ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار المعرفة، بيروت ـ لبنان، الطبعة الثامنة عام ١٤٠٦هـ.
٤٢ـ بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي، المتوفىٰ سنة ٩١١هـ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ـ طبع عام ١٩٦٤م.
٤٣ـ البناية في شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، الناشر: دار الفكر عام ١٤٠٠هـ.
٤٤ـ البيان والتحصيل والشروح والتوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، المتوفىٰ ٥٢٠هـ، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.
٤٥ـ تاج العروس من جواهر القاموس، للسيد محمد مرتضىٰ الحسيني الزبيدي، المتوفىٰ ١٢٠٥هـ، الناشر: وزارة الإعلام الكويتية، الطبعة الأولىٰ عام ١٣٨٥هـ.

٤٦- تاريخ بغداد، للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان.

٤٧- التاريخ الصغير، لمحمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى عام ٢٥٦هـ، تحقيق محمود بن إبراهيم بن زايد، الناشر: دار الوعي بحلب بسوريا، تاريخ الطبع ١٣٩٦هـ.

٤٨- التاريخ الكبير، لمحمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى عام ٢٥٦هـ، الناشر: دائرة المعارف العثمانية بحيدر اباد بالهند، الطبعة الأولى عام ١٣٦٠هـ.

٤٩- تأويل مشكل القرآن، لعبدالله بن مسلم بن قتيبة المروزي، تحقيق: السيد أحمد صقر، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة، عام ١٤٠١هـ.

٥٠- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبرايهم بن علي بن أبي القاسم ابن فرحون المالكي المدني، المتوفى ٧٩٩هـ، راجعه طه عبدالرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، الطبعة الأولى عام ١٤٠٦هـ.

٥١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الناشر: مكتبة امدادية ملتان باكستان.

٥٢- تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، تأليف محمدا لشيبان بن محمد بن أحمد الشنقيطي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية عام ١٤١٥هـ.

٥٣- تحرير ألفاظ التنبيه (أو لغة الفقهاء)، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق عبدالغني الدقر، الناشر: دار العلم دمشق سوريا، الطبعة الأولى عام ١٤٠٨هـ.

٥٤- تحريم النرد والشطرنج والملاهي، لمحمد بن الحسين الآجري، المتوفى سنة ٣٦٠هـ، تحقيق محمد بن سعيد بن عمر إدريس، طبع وتوزيع إدارات البحوث

العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولىٰ ١٤٠٢هـ.

٥٥- تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي الحنفي المتوفىٰ سنة ٥٣٩هـ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٤١٤هـ.

٥٦- تذكرة الحفاظ لأبي عبدالله شمس الدين محمد الذهبي المتوفىٰ ٧٤٨هـ.

٥٧- التذكرة في الفقه الشافعي، لسراج الدين عمر بن علي الأنصاري المصري الشافعي المعروف بابن الملقن، المتوفىٰ سنة ٨٠٤هـ، تحقيق د ياسين بن ناصر الخطيب، الناشر: دار المنارة جدة السعودية، الطبعة الأولىٰ عام ١٤١٠هـ.

٥٨- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسىٰ بن عياس اليحصبي السبتي، المتوفىٰ سنة ٥٤٤هـ، تحقيق د. أحمد بكير، الناشر: دار مكتبة الحياة، بيروت-لبنان.

٥٩- التسهيل في الفقه علىٰ مذهب الإمام الرباني أحمد بن حنبل الشيباني، لبدر الدين بن محمد بن علاء الدين بن علي بن شمس الدين بن محمد بن السباسلار البعلي الحنبلي، المتوفىٰ سنة٧٧٨هـ، تحقيق د. عبدالله بن محمد الطيار ود. عبدالعزيزي بن محمد المدالله، الناشر: دار العاصمة بالرياض، الطبعة الأولىٰ ١٤١٤هـ.

٦٠- تصحيح الفروع، لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي المتوفىٰ ٨٨٥هـ، تصحيح عبدالستار بن أحمد بن فراج، طبع علىٰ نفقة علي بن عبدالله آل ثاني حاكم دولة قطر سابقاً، الطبعة الثانية.

٦١- التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، المتوفىٰ سنة ٨١٦هـ، تحقيق إبراهيم الأبياري، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية عام ١٤١٣هـ.

٦٢- التعليق المغني علىٰ الدارقطني، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تصحيح السيد عبدالله هاشم يماني المدني، طبع بذيل سنن الدارقطني تصحيح

السيد عبدالله هاشم يماني المدني، الناشر: دار المحاسن بالقاهرة.
٦٣- التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري المالكي المتوفى سنة ٣٧٨هـ، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، الناشر: دار الغرب الإسلام، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
٦٤- تفسير القرآن العظيم، لأبي الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي، المتوفى سنة ٧٧٤هـ، الناشر: دار الأندلس، الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ.
٦٥- تفسير الماوردي، المسمى: النكت والعيون، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠هـ، راجعه وعلق عليه: السيد بن عبدالمقصود بن عبدالرحيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤١٢هـ.
٦٦- تقريرات الشيخ محمد عليش المالكي، بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر، بيروت-لبنان.
٦٧- تقريب التهذيب، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، تحقيق عبدالوهاب بن عبداللطيف، الناشر: دار المعرفة، بيروت-لبنا.
٦٨- التلخيص، لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، طبع بهامش المستدرك على الصحيحين للحاكم، تحقيق مصطفى بن عبدالقادر بن عطاء، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤١١هـ.
٦٩- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٢هـ، تصحيح السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، طبع عام ١٣٨٤هـ.
٧٠- التلقين في الفقه المالكي، للقاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي المتوفى سنة ٤٢٢هـ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، الناشر: المكتبة التجارية مكة

المكرمة، الطبعة الأولى عام ١٤١٥هـ.

٧١ـ التمام لما صح في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام، والمختار من الوجهين عن أصحابه العرانين الكرام، لمحمد بن محمد بن الحسين بن الفراء الحنبلي البغدادي، المتوفى سنة ٥٢٦هـ، تحقيق د. عبدالله بن محمد الطيار ود. عبدالعزيزي بن محمد المد الله، الناشر: دار العاصمة بالرياض، الطبعة الأولى عام ١٤١٤هـ.

٧٢ـ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري، المتوفى عام ٤٦٣هـ، تحقيق مجموعة من العلماء، الناشر: مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.

٧٣ـ التنبيه في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، الناشر: عالم الكتب، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٣هـ.

٧٤ـ تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة، شرح أبي عبدالله محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المالكي، المتوفى سنة ٩٤٢هـ على الرسالة لأبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦، وقيل سنة ٣٨٨هـ٩)، تحقيق وتعليق ودراسة د. محمد بن عياش بن عبدالعال شبير، الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ـ.

٧٥ـ تهذيب الأسمال واللغات، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى عام ٦٧٦هـ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.

٧٦ـ تهذيب التهذيب، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، الناشر: مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد بالهند، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٥هـ.

٧٧ـ التوحيد وإثبات صفات الرب عز وجل، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، المتوفى عام ٣١١هـ، دراسة وتحقيق د. عبدالعزيز بن إبراهيم

الشهوان، الناشر: دار الرشد بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٧٨ـ التيسير في ترتيب أحاديث الطبراني في المعجم الصغير، تأليف مبارك بن مصبح بن فرحان العازمي، الناشر: دار الخلفاء للكتاب الإسلامي بالكويت.

٧٩ـ تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، لعبدالرحمن بن ناصر السعدي، الناشر: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية.

٨٠ـ جامع البيان في تفسير القرآن، لأبي جعفر بن جرير الطبري، الناشر: دار المعرفة، بيروت ـ لبنان، مصور عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣٢٨هـ.

٨١ـ الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سودة، المتوفى عام ٢٩٧هـ، تحقيق إبراهيم عطوه عوض، الطبعة الأولى ١٣٨٢هـ.

٨٢ـ الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، الناشر: المكتبة السلفية بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

٨٣ـ الجامع الصغير، لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني، المتوفى سنة ١٨٩هـ، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى عام ١٤٠٦هـ.

٨٤ـ الجامع الكبير، لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ، الناشر: دار الفكر، بيروت ـ لبنان.

٨٥ـ جزء فيه حديث سفيان بن عيينة رواية زكريا المروزي، تحقيق أحمد بن عبدالرحمن الصويان، الناشر مكتبة دار المنار بالخرج، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.

٨٦ـ جمهرة أنساب العرب، لأبي محمد علي بن محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦هـ، الناشر: دار المعارف بالقاهرة عام ١٣٦٨هـ.

٨٧ـ الجواهر المضيئة في طبقات الحنيفة، لمحي الدين أبي محمد عبدالقادر بن محمد بن محمد بن نصر الله القرشي الحنفي، المتوفى عام ٧٧٥هـ، تحقيق عبدالفتاح بن محمد الحلو، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه سنة ١٣٩٨هـ.

٨٨ـ الجوهر النقي، لعلاء الدين بن علي بن عثمان الماوردي الشهير بابن التركماني المتوفى سنة ٧٤٥هـ، طبع بهامش السنن الكبرى للبيهقي، الناشر: دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٩٠ـ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، جمع عبدالرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، المتوفى ١٣٩٢هـ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٩١ـ حاشية العدوي على كتاب كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني لعلي الصعيدي العدوي المالكي المصري، تحقيق أحمد حمدي إمام، طبع بهامش كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني لعلي بن حلف المنوفي الطبعة الأولى عام ١٤٠٩هـ.

٩٢ـ حاشية قيلوبي وعميرة، لشهاب الدين القيلوبي والشيخ عميرة، الناشر: دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٩٣ـ حاشية المقنع، قال الناشر: إنها بخط سليمان بن عبدالله بن الشيخ محمد بن عبدالوهاب، طبعة بهامش المقنع لابن قدامة نشر مكتبة الرياض الحديثة عام ١٤٠٠هـ.

٩٤ـ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، تحقيق علي بن محمد بن معوض وعادل بن أحمد بن عبدالموجود، الناشر: مكتبة دار الباز بمكة المكرمة، الطبعة الأولى عام ١٤١٤هـ.

٩٥ـ الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن حسن الشيباني، الناشر: عالم الكتب، بيروت ـ لبنان.

٩٦ـ حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصفهاني المتوفي سنة ٤٣٠هـ، الناشر: دار الكتاب العربي بيروت ـ لبنان، الطبعة الثالثة عام ١٤٠٠هـ.

٩٧ـ حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق د. ياسين بن أحمد بن إبراهيم درادكه، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة بالأردن، الطبعة الأولى عام ١٤٠٨هـ.

٩٨ـ الخراج، ليحيى بن آدم القرشي، المتوفى ٢٠٣هـ، صححه أحمد بن محمد شاكر، الناشر: المكتبة العلمية لاهور باكستان، الطبعة الأولى.

٩٩ـ خلاصة البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الحبير للرافعي، تأليف سراج الدين عمر بن علي بن الملقن المتوفي سنة ٨٠٤هـ، تحقيق حمدي بن عبدالمجيد السلفي، الناشر: مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى عام ١٤١٠هـ.

١٠٠ـ خلق الإنسان، لأبي سعيد عبدالملك بن قريب الأصمعي، طبع ضمن الكنز اللغوي في اللسن العربي، نشر الدكتور أوغست هنفر سنة ١٩٠٣هـ، وطبع بالمطبعة الكاثوليكية.

١٠١ـ الدر المنضد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لمجير الدين عبدالرحمن بن محمد العليمي الحنبلي، المتوفى ٩٢٨هـ، تحقيق د. عبدالرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة التوبة، الطبعة الأولى.

١٠٢ـ الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ليوسف بن حسن بن عبدالهادي الحنبلي سنة ٩٠٩هـ، إعداد رضوان مختار بن غربيه، الناشر: دار المجتمع جدة، الطبعة الأولي عام ١٤١١هـ.

١٠٣ـ الديات، لأبي بكر أحمد بن عمرو النبيل أبي عاصم، المعروف بالضحاك الشيباني، المتوفى سنة ٢٨٧هـ، تحقيق محمد السعيد بسيوني زغلول الإبياني،

الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٩هـ.

١٠٤ـ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون المالكي، تحقيق د. محمد الأحمدي أبوالنور، الناشر: مكتبة التراث بمصر.

١٠٥ـ ديوان الأعشى، ميمون بن قيس بن جندل الوائلي، حققه فوزي عطوي، الناشر: الشركة اللبنانية للكتاب، بيروت ـ لبنان.

١٠٦ـ ديوان طرفة بن العبد، الناشر: دار صادر عام ١٣٨٠هـ.

١٠٧ـ الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المتوفى ٦٨٤هـ، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤١٤هـ.

١٠٨ـ الرد على سير الأوزاعي، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، المتوفى عام ١٨٢هـ، تصحيح أبو الوفاء الأفغاني، الطبعة الأولى.

١٠٩ـ رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، لمحمد أمين بن عمد بن عابدين، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، الطبعة الثانية عام ١٤٠٧هـ.

١١٠ـ الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الحنبلي، تحقيق د. عبدالكريم بن محمد اللاحم، الناشر: مكتبة المعارف بالرياض، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ.

١١١ـ الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونسي البهوتي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى عام ١٤١٧هـ.

١١٢ـ روضة الطالبين، ليحيى بن شرف النووي المتوفى ٦٧٦هـ، تحقيق عادل بن أحمد بن عبدالموجود وعلي بن محمد بن معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤١٢هـ.

١١٣ـ رؤوس المسائل، لجارا لله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، المتوفى

سنة ٥٤٨هـ، تحقيق عبدالله بن نذير بن أحمد، الناشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٧هـ.

١١٤ـ رؤوس المسائل علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل، للشريف أبي جعفر عبدالخالق بن أحمد بن محمد بن عيسىٰ الهاشمي الحنبلي، المتوفىٰ عام ٤٧١هـ، تحقيق عبدالله بن سليمان بن عبدالله الفاضل رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بالرياض عام ١٤٠٤هـ ـ ١٤٠٥هـ.

١١٥ـ الرياض المستطابة في جملة من روىٰ في الصحيحين من الصحابة، ليحيىٰ بن أبي بكر العامري اليمني، الناشر: مكتبة المعارف، بيروت ـ لبنان، الطبعة الثانية عام ١٩٧٩م.

١١٦ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لمحمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، المتوفىٰ ١١٨٢هـ، صححه محمد بن عبدالعزيز الخولي، الناشر: دار الجيل، بيروت ـ لبنان، طبع عام ١٤٠٠هـ.

١١٧ـ السنن، لسعيد بن منصور الخراساني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: الدار السلفية بالهند، الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٣هـ.

١١٨ـ سنن أبي داود لأبي سليمان بن الأشعث الأدي السجستاني المتوفىٰ عام ٢٧٥هـ، الناشر: دار الحديث بالقاهرة، نسخة أخرىٰ من سنن أبي داود، تحقيق محمد محيىٰ الدين عبدالمجيد، الناشر: دار الفكر، بيروت ـ لبنان.

١١٩ـ سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، الناشر: دار الحديث بالقاهرة.

١٢٠ـ سنن الدارمي، لعبدالله بن عبدالرحمن الدارمي السمرقندي، المتوفىٰ ٢٥٥هـ، تحقيق فواز أحمد رمزي وخالد السبع العلمي، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٧هـ.

١٢١ـ سنن الدارقطني، لعلي بن عمر الدارقطني، المتوفىٰ عام ٣٨٥هـ، تصحيح

السيد عبدالله هاشم يماني المدني، الناشر: دار المحاسن بالقاهرة.

١٢٢ـ السنن الكبرىٰ، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، المتوفىٰ عام ٤٥٨هـ، الناشر: دار المعرفة، بيروت ـ لبنان، طبع عام ١٤١٣هـ.

١٢٣ـ السنن الكبرىٰ، لأبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق د. عبدالغفار بن سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولىٰ عام ١٤١١هـ.

١٢٤ـ سنن النسائي (المجتبي)، للحافظ أبي عبدالرحمن بن شعيب النسائي المتوفىٰ سنة ٣٠٣هـ، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولىٰ عام ١٣٨٣هـ.

١٢٥ـ سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فهمها وفوائدها لمحمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت ـ لبنان.

١٢٦ـ سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، تخريج محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، الطبعة الخامسة عام ١٤٠٥هـ.

١٢٧ـ سير أعلام النبلاء، تصنيف الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفىٰ ٧٤٨هـ، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر: دار الرسالة، الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ.

١٢٨ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لأبي الفلاح عبدالحي بن العماد الحنبلي المتوفىٰ عام ١٠٨٩هـ، الناشر: دار الآفاق الجديدة. بيروت. لبنان

١٢٩ـ شرح أدب القاضي: لحسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة الخصاف، تحقيق: محيي هلال سرحان، الناشر: الدار العربية بغداد.

١٣٠ـ شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة، لأبي القاسم هبة الله بن الحسن الطبري اللالكائي المتوفىٰ ٤١٨هـ، تحقيق: د. أحمد بن سعد بن حمدان،

الناشر: دار طيبة بالرياض الطبعة الأولى عام ١٤٠٩هـ

١٣١- شرح حدود ابن عرفة، الموسوم: **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية:** لأبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى ٨٩٤ هـ، تحقيق أبو الأجفان، والطاهر المعموري، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان ط أولى عام ١٤١٣هـ.

١٣٢- شرح الخرشاني على مختصر خليل، لمحمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.

١٣٣- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد الزرقاني، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان

١٣٤- شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لمحمد بن عبدالله الزركشي الحنبلي المتوفى ٧٧٢ هـ، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالرحمن الجبرين، الناشر: دار أولي النهى. بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.

١٣٥- شرح السنة: للحسين بن محمد البغوي، تحقيق: زهير الشاويش وشعيب الأرناؤط، الناشر: المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

١٣٦- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، طبع على نفقة راشد بن سعيد المكتوم نائب رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة وحاكم دبي

١٣٧- شرح العناية على الهداية: لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ، طبع بهامش شرح فتح القدير، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان الطبعة الثانية.

١٣٨- الشرح الكبير: لعبدالرحمن بن أبي عمر بن أحمد المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ، الناشر: دار الكتاب العربي، طبع بذيل المغني لابن قدامة.

١٣٩ـ شرح معاني الآثار : لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي الناشر : دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان، الطبعة الثانية عام ١٤٠٧ هـ .

١٤٠ـ شرح منتهى الإرادات : لمنصور بن يونس البهوتي ، طبع ونشر : دار الفكر . بيروت . لبنان .

١٤١ـ شرح النووي لصحيح مسلم : ليحيى بن شرف النووي الشافعي ، الناشر : مكتبة الرياض الحديثة .

١٤٢ـ شرح أصحاب الحديث : للخطيب البغدادي المتوفى ٤٩٣ هـ، الناشر : دار إحياء السنة .

١٤٣ـ الصحاح : تاج اللغة وصحاح العربية : لإسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى ٣٩٣ هـ، تحقيق أحمد عبدالغفور عطار ، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ .

١٤٤ـ الصحاح في اللغة والعلوم : إعداد نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي ، الناشر : دار الحضارة العربية . بيروت . لبنان الطبعة الأولى عام ١٩٧٤م .

١٤٥ـ صحيح الأدب المفرد للبخاري ، لمحمد ناصر الدين الألباني ، الناشر : دار الصديق بالجبيل بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى عام ١٤١٤هـ

١٤٦ـ صحيح سنن أبي داود : لمحمد ناصرالدين الألباني ، الناشر : مكتب التربية العربي لدول الخليج العربي ، الطبعة الأولى عام ١٤٠٩هـ .

١٤٧ـ صحيح سنن الترمذي : لمحمد ناصر الدين الألباني ، الناشر : المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى عام ١٤٠٨هـ .

١٤٨ـ صحيح سنن ابن ماجة ، لمحمد ناصر الدين الألباني ، الناشر : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ

١٤٩ـ صحيح النسائي ، لمحمد ناصر الدين الألباني ، الناشر : المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ هـ

١٥٠ـ صحيح مسلم : للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،

تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان
١٥١ـ الطبقات: لأبي عمرو خليفة بن خياط، تحقيق: سهيل بن زكار، الناشر: وزارة الثقافة والسياحة والإرشاد القومي بدمشق طبع عام ١٩٦٦م.
١٥٢ـ طبقات الحنابلة: لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي المتوفى عام ٩١١ هـ، الناشر: مكتبة وهبة بمصر الطبعة الأولى عام ١٣٩٣ هـ
١٥٣ـ طبقات الحنابلة: للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يلعي الحنبلي، الناشر: دار المعرفة.
١٥٤ـ طبقات الشافعية: لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، تقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي المتوفى ٨٥١ هـ، تحقيق: د. الحافظ عبدالعليم خان، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد بالهند.
١٥٥ـ طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين تقي الدين السبكي، الناشر: دار المعرفة. بيروت. لبنان.
١٥٦ـ طبقات الشافعية: لجمال الدين عبدالرحيم الأسنوي المتوفى سنة ٧٧٢ هـ، تحقيق: عبدالله الجبوري، الناشر: دار العلوم بالرياض عام ١٤٠٠ هـ.
١٥٧ـ طبقات علماء أفريقيا وتونس: لأبي العرب محمد بن أحمد بن تميم القيرواني المتوفى سنة ٣٣٣ هـ، تحقيق: علي الشابي ونعيم بن حسن اليافي، الناشر: الدار التونسية للنشر عام ١٩٦٨م.
١٥٨ـ طبقات علماء الحديث: لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن عبدالهادي الدمشقي الصالحي المتوفى سنة ٧٤٤ هـ، تحقيق: أكرم البوشي، الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ.
١٥٩ـ الضعفاء الكبير: لأبي جعفر محمد بن عمر العقيلي المكي، تحقيق: د. عبدالمعطي أمين قلعجي، الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٤ هـ.

١٦٠ـ ضعيف الجامع الصغير وزياداته، لمحمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩ هـ.

١٦١ـ ضعيف سنن أبي داود، لمحمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلام، الطبعة الأولى عام ١٤١٢ هـ

١٦٢ـ ضعيف سنن ابن ماجة، لمحمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى عام ١٤٠٨ هـ.

١٦٣ـ العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى ٤٥٨ هـ، تحقيق: د. أحمد بن علي سير المباركي، الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ.

١٦٤ـ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لجلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس المتوفى سنة ٦١٦ هـ، تحقيق: محمد أبو الأجفان وعبدالحفيظ منصور، الناشر: دار الغرب الإسلامي. بيروت، الطبعة الأولى عام ١٤١٥ هـ.

١٦٥ـ عمدة القاري شرح صحيح البخاري: لبدر الدين محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥ هـ، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى عام ١٣٩٢ هـ.

١٦٦ـ الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة: تأليف: سراج الدين أبي حفص عمر الغزنوي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٣ هـ، تعليق: محمد زاهد الكوثري، الناشر: مكتبة الإمام أبي حنيفة. بيروت. لبنان.

١٦٧ـ غريب الحديث: لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن الجوزي، تحقيق: د. عبدالمعطي أمين قلعجي، الناشر: دار الكتبة العلمية. بيروت. لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥ هـ.

١٦٨ـ الفتاوى البزازية (المسماة بالجامع الوجيز): لحافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ، الناشر: دار

الفكر . بيروت . لبنان، طبعة بهامش الفتاوىٰ الهندية عام ١٣١٠ هـ.
١٦٩ـ فتاوىٰ قاضيخان : لفخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي المتوفىٰ سنة ٢٩٥ هـ، الناشر : دارا لفكر . بيروت . لبنان، طبعة بهامش الفتاوىٰ الهندية عام ١٣١٠هـ.
١٧٠ـ الفتاوىٰ الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المسماة الفتاوىٰ العالمبكيرية : تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الناشر : دارا لفكر . بيروت . لبنان . مصورة عن الطبعة الأولىٰ عام ١٣١٠ هـ.
١٧١ ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري، للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفىٰ ٨٥٢ هـ، الناشر : دار الفكر . بيروت . لبنان .
١٧٢ ـ فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفىٰ ٦٨١ هـ، الناشر : دار الفكر . بيروت . لبنان، الطبعة الثانية، نسخة أخرىٰ نشر دار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان .
١٧٣ ـ فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني الصنعاني، المتوفىٰ سنة ١٢٥٠ هـ، طبع بمطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي وأولاده بمصر عام ١٣٥٠هـ.
١٧٤ ـ الفروع، لأبي عبدالله محمد بن مفلح، المتوفىٰ سنة ٧٦٣ هـ، تصحيح عبدالسنار بن أحمد بن فراج، طبع علىٰ نفقة علي بن عبدالله آل ثاني حاكم دولة قطر سابقاً، الطبعة الثانية .
١٧٥ ـ فقه المواريث، تأليف د. عبدالكريم بن محمد اللاحم، الناشر : المكتب التعاوني للدعوة والإرشاد في البطحاء بالرياض، الطبعة الأولىٰ عام ١٤١٣ه.
١٧٦ ـ فهارس سنن الدارقطني، إعداد يوسف بن عبدالرحمن المرعشلي، الناشر : دارا لمعرفة . بيروت . لبنان الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٦ هـ.
١٧٧ـ فهارس مسند الإمام أحمد، إعداد صدقي بن محمد بن جميل العطار،

الناشر: دارا لفكر. بيروت. لبنان الطبعة الأولى عام ١٤١٢ هـ.

١٧٨ ـ فهرس أحاديث وآثار كتاب الأموال، لأبي عبيدالقاسم بن سلام المتوفى ٢٢٤ هـ، إعداد عاطف بن علي بن صالح، الناشر: عالم الكتب. بيروت. لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ هـ.

١٧٩ ـ فهرس كتاب الأموال، لحميد بن زنجويه، إعداد علوي السقاف، الناشر: دار الهجرة، الطبعة الأولى عام ١٤١٠ هـ.

١٨٠ ـ فهرس كتاب الخراج ليحيى بن آدم القرشي، إعداد علوي السقاف، الناشر: دار الهجرة الطبعة الأولى عام ١٤١٠هـ.

١٨١ ـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لأبي الحسنات محمد بن عبدالحي اللكنوي الهندي، الناشر: دار المعرفة. بيروت. لبنان.

١٨٢، الفوائد الزينبية في مذهب الحنفية

تأليف: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن جيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ هـ، الناشر: دار ابن الجوزي بالرياض، الطبعة الأولى عام ١٤١٤ هـ.

١٨٣ ـ القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، تأليف: سعدي أبو حبيب، الطبعة الثانية عام ١٤٠٨هـ.

١٨٤ ـ القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى عام ١٤٠٦ هـ.

١٨٥ ـ القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي المعافري المتوفى عام ٥٤٣ هـ، الناشر: دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى عام ١٤١٢ هـ.

١٨٦ ـ الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، لأبي عبدالله شمس الدين محمد الذهبي المتوفى عام ٧٤٨ هـ، تحقيق: عزت علي عيد عطية وموسى بن محمد بن علي، الناشر: دار الكتب الحديثة بالقاهرة، الطبعة الأولى عام ١٣٩٢هـ.

١٨٧ ـ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ليوسف بن عبدالبر النمري الأندلسي المالكي، تحقيق: د. محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، طبع عام ١٣٩٩هـ.

١٨٨ ـ الكامل في ضعفاء الرجال، لعبدالله بن عدي الجرجاني، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

١٨٩ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الناشر: عالم الكتب. بيروت. لبنان.

١٩٠ ـ كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، الناشر: المكتبة العصرية. بيروت. لبنان عني بطبعه عبدالله بن إبراهيم الأنصار.

١٩١ـ كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لعلي بن خلف المنوفي المالكي المصري المتوفى سنة ٩٣٩ هـ، تحقيق: أحمد بن حمدي إمام، الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ هـ.

١٩٢ ـ كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، لعلاء الدين علي المتقي بن حسان الدين الهندي المتوفى ٩٧٥ هـ، الناشر: مؤسسة الرسالة عام ١٣٩٩ هـ.

١٩٣ ـ الكواكب النيرات في معرفة من اختلط من الرواة الثقات، لأبي البركات محمد بن أحمد المعروف بابن الكيال المتوفى عام ٩٣٩ هـ، تحقيق: عبد القيوم بن عبد رب النبي، الناشر: دار المأمون للتراث. دمشق الطبعة الأولى عام ١٤٠١هـ.

١٩٤ ـ اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لأبي محمد علي بن زكريا المنبجي المتوفى سنة ٦٨٦ هـ، تحقيق: د. محمد فضل عبدالعزيز المراد، الناشر: دار القلم بدمشق، الطبعة الثانية عام ١٤١٤ هـ.

١٩٥ ـ اللباب في شرح الكتاب، لعبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي

المتوفى سنة ١٢٩٨هـ، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، الطبعة الرابعة عام ١٣٨١هـ.

١٩٦ـ اللباب في الفقه الشافعي، تأليف: القاضي أبي الحسن أحمد بن محمد الضبي المحاملي الشافعي المتوفى سنة ٤١٥ هـ، تحقيق عبدالكريم بن ضيتان العمري، نشر: دار البخاري بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى عام ١٤١٦هـ.

١٩٧ـ لسان العرب، لأبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور المتوفى ٧١١ هـ، الناشر: دار لسان العرب. بيروت. لبنان.

١٩٨ـ لسان الميزان، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات. بيروت. لبنان، الطبعة الثانية ١٣٩٠ هـ.

١٩٩ـ المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، المتوفى ٨٨٤ هـ، الناشر: المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان، الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ.

٢٠٠ـ المبسوط، لشمس الدين السرخسي الحنفي، الناشر: دار المعرفة. بيروت. لبنان، الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٨هـ.

٢٠١ـ المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، لمحمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي المتوفى سنة ٣٥٤هـ، تحقيق: محمود بن إبراهيم بن زايد، الناشر: دار الوعي بحلب، الطبعة الأولى عام ١٣٩٦هـ.

٢٠٢ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبدالرحمن أفندي داماد المدعو بشنجي زاده الحنفي، طبع عام ١٣٢٧هـ.

٢٠٣ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، المتوفى ٨٠٧ هـ، الناشر: دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.

٢٠٤ـ المجموع شرح المهذب التكملة الثانية، لمحمد بن نجيب المطيعي، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان.

٢٠٥ ـ المحلىٰ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفىٰ سنة ٤٥٦ هـ الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان، نسخة أخرىٰ للناشر: مكتبة الجمهورية بالقاهرة عام ١٣٩٨ هـ.

٢٠٦ ـ مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، الناشر: مؤسسة علوم القرآن، طبع عام ١٤٠٥ هـ.

٢٠٧ ـ مختصر اختلاف العلماء لأبي جعفر الطحاوي، اختصار أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي، تحقيق: د. عبدالله بن نذير بن أحمد، الناشر: دار البشائر الإسلامية. بيروت، الطبعة الأولىٰ عام ١٤١٧هـ.

٢٠٨ ـ مختصر الخرقي في المذهب الحنبلي، لعمر بن حسين الخرقي الحنبلي المتوفىٰ سنة ٣٣٤ هـ، الناشر: مؤسسة الخافقين الطبعة الثالثة عام ١٤٠٢ هـ.

٢٠٩ مختصر طبقات الحنابلة، لمحمد بن جميل بن عمر البغدادي المعروف بالشطي، الناشر: دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان الطبعة الأولىٰ سنة ١٤٠٦ هـ.

٢١٠ ـ مختصر الطحاوي، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي المتوفىٰ سنة ٣٢١هـ، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، الناشر: دار الكتاب العربي بالقاهرة عام ١٣٧٠ هـ.

٢١١ ـ المدونة الكبرىٰ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي. رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبدالرحمن بن قاسم، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان.

٢١٢ ـ مذكرة أصول الفقه، لمحمد الأمين بن المختار الشنقيطي، الناشر: المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

٢١٣ ـ مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح، تحقيق: د. فضل الرحمن دين محمد، الناشر: الدار العلمية. دلهي. الهند الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٨ هـ.

٢١٤ ـ مسائل الإمام أحمد بن حنبل. رواية ابنه عبدالله، تحقيق: زهير الشاويش،

الناشر : المكتب الإسلامي . بيروت . لبنان الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ .

٢١٥ ـ مسائل الإمام الأحمد . رواية أبي داود السجستاني المتوفى ٢٧٥ هـ ، الناشر : دار المعرفة . بيروت . لبنان .

٢١٦ ـ مسانيد أبي يحيى فراس بن يحيى المكتب الكوفي المتوفى ١٢٩ هـ ، جمع الحافظ أبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني المتوفى ٤٣٠ هـ ، تحقيق : أبي يوسف محمد بن حسن المصري ، الطبعة الأولى عام ١٤١٣هـ .

٢١٧ ـ المستدرك على الصحيحين ، لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري ، تحقيق : مصطفى بن عبدالقادر بن عطاء ، الناشر : دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان الطبعة الأولى عام ١٤١١هـ .

٢١٨ ـ مسعفة الحكام على الأحكام ، لمحمد بن عبدالله بن أحمد التمرتاشي الحنفي ، دراسة وتحقيق : د . صالح بن عبدالكريم الزيد رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء بالرياض .

٢١٩ ـ المسند ، للإمام أحمد بن حنبل المتوفى ٢٤١ هـ ، الناشر : دارا لفكر . بيروت . لبنان الطبعة الأولى عام ١٤١١ هـ .

٢٢٠ ـ المسند ، لحافظ أبي بكر عبدالله بن الزبير الحميدي المتوفى ٢١٩ هـ ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، الناشر : عالم الكتب . بيروت . لبنان .

٢٢١ ـ المسند ، للهيثم بن كليب الشاشي المتوفى ٣٣٥ هـ ، تحقيق : د . محفوظ الرحمن زين الله ، الناشر : مكتبة العلوم والحكم بالمدينة النبوية الطبعة الأولى عام ١٤١٠هـ .

٢٢٢ ـ مسند ابن الجعد ، لأبي الحسن علي بن الجعد بن عبيد الجوهري المتوفى ٢٣٠هـ ، تحقيق : عامر بن أحمد حيدر ، الناشر : مؤسسة نادر . بيروت . لبنان الطبعة الأولى عام ١٤١٠هـ .

٢٢٣ ـ مسند أبي داود الطيالسي ، لسليمان بن داود الجارود الفارسي البصري

المتوفى ٢٠٤ هـ، الناشر: دارا لمعرفة. بيروت. لبنان.

٢٢٤ ـ مسند أبي يعلى الموصلي، لأحمد بن علي بن المثنى التميمي المتوف ٣٠٧هـ، تحقيق: حسين بن سليم بن سد، الناشر: دار المأمون للتراث. دمشق الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.

٢٢٥ ـ مسند إسحاق بن راهويه، لإسحاق بن إبراهيم بن محمد الحنظلي المرزوي المتوفى ٢٣٨ هـ، تحقيق: د. عبدالغفور بن عبدالحق بن حسين برا البلوشي، الناشر: مكتبة الإيمان بالمدينة النبوية الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.

٢٢٦ ـ مسند خليفة بن خياط، تحقيق: د. أكرم ضياء العمري، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥ هـ.

٢٢٧ ـ مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة، للشهاب أحمد بن أبي بكر البوصيري المتوفى سنة ٨٤٠ هـ، تحقيق: موسى بن محمد بن علي ود. عزت بن علي بن عطية، الناشر: دار الكتب الحديثة بالقاهرة.

٢٢٨ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد الفيومي الرافعي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ، الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان طبع عام ١٣٩٨هـ.

٢٢٩ـ المصنف، لأبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني المتوفى ٢١١ هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ

٢٣٠ـ المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة المتوفى ٢٣٥ هـ، تحقيق: مختار بن أحمود الندوي، الناشر: الدار السلفية بالهند الطبعة الأولى عام ١٤٠٢ هـ.

٢٣١ـ مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي، الناشر: المكتب الإسلامي بدمشق الطبعة الأولى سنة ١٣٨١هـ.

٢٣٢ـ المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبدالله شمس الدين محمد بن أبي الفتح

البعلي، الناشر: المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان.

٢٣٣ـ معالم السنن شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي المتوفى ٣٨٨ هـ، الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان الطبعة الأولى عام ١٤١١ هـ.

٢٣٤ـ المعجم، لأبي سعيد أحمد بن محمد بن زياد بن الأعرابي المتوفى سنة ٣٤١هـ، تحقيق: د. أحمد بن ميرين سياد البلوشي، الناشر: مكتبة الكوثر بالرياض، الطبعة الأولى عام ١٤١٢ هـ.

٢٣٥ـ المعجم، لأبي يعلى حمد بن علي بن المثنى الموصلي المتوفى ٣٠٧ هـ، تحقيق: أرشاد الحق الأثري، الناشر: إدارة العلوم الأثرية بباكستان طبع ١٤٠٧هـ.

٢٣٦ـ المعجم الأوسط، للحافظ سليمان بن أحمد الطبراني المتوفى ٣٦٠ هـ، تحقيق: د. محمود الطحان، الناشر: مكتبة المعارف الطبعة الأولى عام ١٤٠٧هـ.

٢٣٧ـ معجم البلدان، لأبي عبدالله ياقوت بن عبدالله الحموي الرومي البغدادي المتوفى عام ٦٢٦ هـ، الناشر: دار صادر. بيروت. لبنان طبع عام ١٣٩٧هـ.

٢٣٨ـ المعجم الصغير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني المتوفى سنة ٣٦٠هـ، الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.

٢٣٩ـ معجم قبائل العرب القديمة والحديثة، لعمر رضا كحالة، الناشر: مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ.

٢٤٠ـ المعجم الكبير، للحافظ سليمان أحمد الطبراني المتوفى ٣٦٠ هـ، تحقيق: حمدي السلفي، الطبعة الثانية.

٢٤١ـ معجم ما استعجم، لعبدالله بن عبدالعزيز البكري الأندلسي المتوفى عام ٤٨٧ هـ، تحقيق: مصطفى السقا، الناشر: مطبعة لجنة التأليف والترجمة

والنشر بالقاهرة الطبعة الأولى عام ١٣٦٤هـ.

٢٤٢ ـ معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبدالسلام بن محمد بن هارون، الناشر: دار الفكر عام ١٣٩٩هـ.

٢٤٣ ـ معرفة السنن والآثار، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى عام ٤٥٨هـ، تحقيق: د. عبدالمعطي أمين قلعجي الطبعة الأولى عام ١٤١١ هـ.

٢٤٤ ـ معرفة الصحابة، لأحمد بن عبداله بن أحمد الأصبهاني المتوفى ٤٣٠هـ، تحقيق: محمد راضي بن حاج عثمان، الناشر: مكتبة الحرمين بالرياض ومكتبة الدار بالمدينة النبوية الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.

٢٤٥ ـ المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تأليف: القاضي عبدالوهاب بن نصر البغدادي المالكي، تحقيق: د. حميش بن عبدالحق، الناشر: مكتبة نزار بن مصطفى الباز مكة المكرمة، الطبعة الأولى عام ١٤١٥هـ.

٢٤٦ ـ المغني، لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي المتوفى ٦٢٠ هـ، تحقيق: د. عبدالله التركي وعبدالفتاح الحلو، الناشر: دار هجر بالقاهرة الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ هـ.

٢٤٧ ـ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الشافعي المتوفى سنة ٩٧٧ هـ، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة عام ١٣٧٧ هـ.

٢٤٨ ـ مقالات الإسلاميين، لأبي الحسن الأشعري، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، الطبعة الأولى عام ١٣٦٩هـ.

٢٤٩ ـ مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المالكي المتوفى سنة ٥٢٠ هـ، الناشر: المكتبة التجارية بمكة المكرمة، طبع بهامش المدونة الكبرى للإمام مالك.

٢٥٠ ـ المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تأليف برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدلله بن محمد بن مفلح المتوفى ٨٨٤ هـ، تحقيق وتعليق: د. عبدالرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة الرشد الرياض الطبعة الأولى عام ١٤١٠هـ.

٢٥١ ـ مقصد النبيه في شرح خطبة التنبيه، لمحمد بن جماعة الشافعي، طبع مطبعة التقدم العلمية بمصر سنة ١٣٤٨هـ.

٢٥٢ ـ المقنع في شرح مختصر الخرقي، لأبي علي لاحسن بن أحمد بن عبدالله بن البنا المتوفى سنة ٤٧١ هـ، تحقيق: ودراسة د. عبدالعزيز بن سليمان البعيمي، الناشر: مكتبة الرشد بالرياض الطبعة الأولى عام ١٤١٤ هـ.

٢٥٣ ـ المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة عام ١٤٠٠هـ.

٢٥٤ ـ ملتقى الأبحر، لإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، تحقيق: وهبي سليمان غاوجي الألباني، الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ هـ.

٢٥٥ ـ الملل والنحل، لمحمد بن عبدالكريم الشهرستاني، تحقيق: عبدالعزيز بن محمد الوكيل، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان.

٢٥٦ ـ منار السبيل، لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان الحنبلي المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ، الناشر: المكتب الإسلامي الطبعة السادسة عام ١٤٠٤ هـ.

٢٥٧ ـ مناقب الإمام أحمد بن حنبل ، لأبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الناشر: مكتبة الخانجي بمصر الطبعة الأولى عام ١٣٩٩ هـ.

٢٥٨ ـ مناقب الإمام الشافعي، تأليف: الإمام فخر الدين الرازي، محمد بن عمر بن الحسين المتوفى ٦٠٦ هـ، تحقيق: د. أحمد حجازي السقا، الناشر: مكتبة

الكليات الأزهرية بالقاهرة الطبعة الأولى عام ١٤٠٦ هـ.

٢٥٩ ـ المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ، الناشر: دار الكتاب الإسلامي القاهرة الطبعة الأولى عام ١٣٣٢ هـ.

٢٦٠ ـ المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله، لأبي محمد عبدالله بن الجارود المتوفى عا ٣٠٧ هـ، الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية الطبعة الأولى عام ١٤٠٨هـ.

٢٦١ المنتخب، للحافظ عبد بن حميد، تحقيق: أبي عبدالله مصطفى بن العدوي شلباية، الناشر: الجزء الأول دار الأرقم بالكويت الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ، الجزء الثاني والثالث مكتبة ابن حجر بمكة المكرمة الطبعة الأولى عام ١٤٠٨ هـ.

٢٦٢ ـ المنثور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤هـ، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت عام ١٤٠٤ هـ.

٢٦٣ـ المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، لمجير الدين عبدالرحمن بن محمد بن عبدالرحمن العليمي الحنبلي المتوفى ٩٢٨هـ، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، الطبعة الأولى عام ١٣٨٣ هـ.

٢٦٤ـ المهذب، لأبي إسحاق الفيروزآبادي الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦هـ، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة الطبعة الثالثة عام ١٣٩٦هـ.

٢٦٥ ـ نسخة أخرى تحقيق محمد الزحيلي، نشر دار القلم دمشق، الطبعة الأولى عام ١٤١٧هـ.

٢٦٦ ـ مواهب الجليل من أدلة خليل، لأحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، طبع إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر عام ١٤٠٧ هـ.

٢٦٧ ـ الموطأ، لمالك بن أنس، صححه محمد فؤاد عبدالباقي، الناشر: دار الحديث القاهرة.

٢٦٨ ـ نسخة أخرىٰ، نشر: دار الآفاق الجديد. بيروت. لبنان الطبعة الأولىٰ عام ١٣٩٩هـ.

٢٦٩ ـ ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفىٰ عام ٧٤٨ هـ، تحقيق: علي بن محمد البجاوي، الناشر: دار المعرفة الطبعة الأولىٰ عام ١٣٨٢ هـ.

٢٧٠ ـ النافع الكبير شرح الجامع الصغير، لأبي الحسنات عبدالحي اللكنوي، المتوفىٰ سنة ١٣٠٤ هـ، الناشر: عالم الكتب، طبع بهامش الجامع الصغير الطبعة الأولىٰ عام ١٤٠٦ هـ.

٢٧١ ـ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير للكمال ابن الهمام الحنفي)، لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، الناشر: دار الفكر. بيروت. لبنان

٢٧٢ ـ النتف في الفتاوىٰ، لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي الحنفي المتوفىٰ سنة ٤٦١ هـ، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، الناشر: مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.

٢٧٣ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي الحنفي المتوفىٰ ٧٦٢ هـ، الناشر: دار الحديث بالقاهرة.

٢٧٤ ـ النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المتوفىٰ سنة ٦٠٦ هـ، تحقيق: محمود بن محمد الطناجي وطاهر بن أحمد الزاوي، الناشر: دار الفكر ١٣٩٩هـ.

٢٧٥ ـ النهاية في مجرد الفقه والفتاوىٰ، لأبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفىٰ سنة ٤٦٠ هـ، الناشر: دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان

الطبعة الأولىٰ سنة ١٣٩٠ هـ.

٢٧٦ ـ نهاية المحتاج إلىٰ شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي الشافعي، المتوفىٰ ١٠٠٤ هـ، الناشر: مطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ.

٢٧٧ ـ نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، تأليف عبدالله بن عبدالرحمن البسام، طبع بإشراف مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة بمكة المكرمة، الطبعة الأولىٰ.

٢٧٨ ـ الهداية شرح بداية المبتدئ، لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي، المتوفىٰ سنة ٥٩٣ هـ، الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان، الطبعة الأولىٰ عام ١٤١٠ هـ.

٢٧٩ ـ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، تأليف: د. محمد صدقي بن أحمد البورنو، الناشر: مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان.

٢٨٠ ـ الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي الحسن علي بن أحمد الواحدي المتوفىٰ سنة ٤٦٨ هـ، تحقيق: صفوان بن عدنان داودي، الناشر: دار القلم بدمشق، الطبعة الأولىٰ عام ١٤١٥ هـ.

٢٨١ ـ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق: د. إحسان عباس، الناشر: دار الثقافة. بيروت. لبنان

فهرس الموضوعات والمسائل

كتاب النكاح

كتاب الصداق

كتاب الخلع

كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار

كتاب اللعان

كتاب العدد

كتاب الرضاع

كتاب النفقات

كتاب الجنايات

كتاب الديات

مسائل القسامة

كتاب قتال أهل البغي

كتاب المرتد

كتاب الحدود

كتاب القطع

كتاب قطاع الطريق

كتاب الأشربة

كتاب السير

كتاب الجزية

كتاب الصيد

كتاب الذبائح

كتاب الأطعمة

كتاب الضحايا

كتاب السبق والرمي

كتاب الأيمان

مسائل الكفارات

كتاب النذور

كتاب أدب القضاء

مسائل القسمة

كتاب الشهادات

كتاب الدعوى والبينة

كتاب العتق

كتاب المدبر

كتاب المكاتب

كتاب أمهات الأولاد